

**ANA CRISTINA DE LIMA**

**A NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL**

**CURITIBA**

**2005**

**ANA CRISTINA DE LIMA**

**A NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Eduardo de Oliveira Leite.**

**CURITIBA**

**2005**

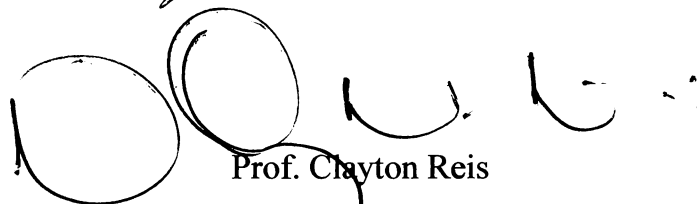
## **TERMO DE APROVAÇÃO**

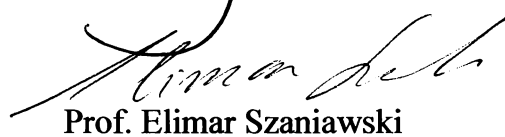
**ANA CRISTINA DE LIMA**

### **A NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: Prof. Eduardo de Oliveira Leite

  
Prof. Clayton Reis

  
Prof. Elimar Szaniawski

**CURITIBA**

**2005**

*Ao Araken, razão da minha vida,  
pelo apoio irrestrito e amor incondicional.*

*“Quando uma coisa tem um preço, é possível  
colocar-se no lugar dela uma outra coisa, como  
equivalente. Quando, porém, uma coisa está acima  
de qualquer preço, e por conseguinte não admite  
equivalente, então ela tem dignidade.”*

Immanuel Kant

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>v</b>
<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2 A NOÇÃO DE DANO.....</b>	<b>4</b>
2.1 DANO E DIREITO.....	4
2.2 DANO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	7
2.3 O CONCEITO DE DANO .....	9
2.4 DANO PATRIMONIAL E DANO MORAL .....	12
<b>3 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>19</b>
3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA TEORIA .....	19
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL .....	21
3.3 DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL .....	23
3.4 OS ESCOPOS DO MODELO PECUNIÁRIO DE INDENIZAÇÃO.....	26
<b>4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO MORAL.....</b>	<b>29</b>
4.1 O DANO MORAL E O IDEAL DE REPARAÇÃO.....	30
4.2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS .....	34
4.3 OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS E LEGISLATIVOS DA REPARABILIDADE .....	38
<b>5 A NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO .....</b>	<b>43</b>
5.1 A NATUREZA PENALÍSTICA .....	44
5.2 A NATUREZA MISTA DAS INDENIZAÇÕES.....	49
5.3 A NATUREZA REPARATÓRIA .....	54
5.4 CRÍTICA AOS DEFENSORES DA NATUREZA PUNITIVA .....	60
5.5 CONSAGRAÇÃO DA NATUREZA REPARATÓRIA.....	66
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>78</b>

## RESUMO

As condutas de um indivíduo que geram gravame aos interesses de outrem causam desequilíbrio social e põem em risco o bom funcionamento das coletividades. Por esse motivo, os ordenamentos jurídicos sempre se preocuparam em prevenir os comportamentos danosos e, conseqüentemente, em reagir frente àquelas lesões que não puderam evitar. Nesse sentido, estabeleceram-se sistemas de responsabilização, inicialmente voltados à exclusiva retribuição do mal causado, independente da relevância social ou individual dos bens e interesses afetados. Aos poucos, foi-se percebendo que aqueles prejuízos que afetavam diretamente o particular deveriam imputar ao responsável o dever de indenizar, a fim de que se restabelecesse o equilíbrio entre as partes e de que não se deixasse a vítima no desamparo. Nesse momento, começam a ser desenhados os limites entre a responsabilidade penal – preocupada em punir o ofensor – e a responsabilidade civil – voltada à reparação dos danos suportados pela vítima. A teoria dedicada ao estudo e ao desenvolvimento desta segunda forma de responsabilização evoluiu gradativamente, à medida que a complexidade das relações sociais dela exigia novas respostas. Nesse cenário, a questão do dano moral e da possibilidade de sua reparação é, sem dúvida, uma das mais controvertidas da responsabilidade civil. Ainda que muitos autores tenham se dedicado a estudá-la, suas peculiaridades continuam a suscitar controvérsias entre os doutrinadores, e a instabilidade teórica reflete-se sobre as decisões judiciais, marcadas pela divergência de critérios e pelo clima de insegurança jurídica frente ao assunto. No Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, poucas são as vozes que ousam se levantar em defesa da irreparabilidade dos danos extrapatrimoniais, já que estes, conforme prevê o texto constitucional, são tão merecedores de indenização quanto as lesões patrimoniais. Percebe-se, no entanto, que a previsão da Carta Magna não teve o condão de afastar os preconceitos que dominam a mente de inúmeros juristas, especialmente no que diz respeito à natureza reparatória da indenização dos danos morais. Sob o argumento de que essa espécie de lesão não admite equivalente pecuniário e de que as suas vítimas não podem ser recolocadas no estado em que se encontravam anteriormente à conduta antijurídica, desvirtuam o instituto da responsabilidade civil para conferir ao montante indenizatório a natureza penalística. O arbitramento, nesse caso, estaria subordinado à análise das condições econômicas do ofensor e ao intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos lesivos. Nesse sentido, o entendimento em questão desconsidera princípios como o *nulla poena sine legem* e o da proibição do *bis in idem*, além de negar efetiva tutela à vítima e ao seu patrimônio ideal. A fim de que o instituto do dano moral desempenhe de maneira eficaz o seu papel consagrador da dignidade da pessoa humana, de seus valores, sentimentos e afeições, é mister que a doutrina reconheça a natureza reparatória de sua indenização e que os magistrados utilizem-na como critério fundamental para a fixação do *quantum* indenizatório, adotando os ideais de equivalência e de reparação absoluta para chegarem a soluções mais justas e garantirem maior segurança jurídica ao tema.

## 1 INTRODUÇÃO

A humanidade tem verificado, desde os seus primórdios, que da convivência social emergem inevitáveis conflitos. Grande parte deles tem origem em comportamentos humanos lesivos aos interesses de outrem. Cientes dessa realidade, os ordenamentos jurídicos, desde seu surgimento, preocuparam-se em identificar condutas antijurídicas e lesivas, a fim de restabelecer o equilíbrio abalado, através da responsabilização do causador dos danos.

O primeiro passo, na busca por tais objetivos, sempre esteve vinculado à delimitação do conceito de dano e dos bens e interesses merecedores de tutela jurídica, variáveis de acordo com o contexto histórico e social. Nesse sentido, a figura do dano moral, ainda que apresente suas raízes nos mais remotos sistemas de direito, sempre despertou questionamentos e suscitou controvérsias. Ainda hoje, diante do seu reconhecimento quase que irrestrito, o tema continua a provocar acaloradas discussões.

Entre nós, os danos extrapatrimoniais conquistaram *status* constitucional, a partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 reconheceu, expressamente, a necessidade de serem indenizados. Não obstante, as controvérsias permanecem e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais conduzem o ordenamento a uma devastadora insegurança jurídica, no que diz respeito ao assunto. Tamanha instabilidade origina-se, ao nosso ver, na ausência de uma uniformização dos critérios adotados para a fixação do *quantum* indenizatório, resultado da inexistência de reflexão e unanimidade no que concerne à natureza jurídica das indenizações decorrentes dos danos morais.

Trata-se, portanto, de um problema eminentemente teórico, mas cujas implicações práticas têm-se demonstrado avassaladoras. Por essa razão, justifica-se um estudo acerca do tema e uma análise das principais contribuições doutrinárias ao assunto, com vistas a eleger a melhor solução para o problema.

Informado por tal objetivo, o presente trabalho monográfico iniciará por estabelecer um panorama geral acerca da noção de dano. A partir da análise do conceito e da sua relevância jurídica como elemento fundamental da responsabilidade



civil, pretendemos encontrar o fundamento teórico da reparabilidade das lesões não patrimoniais.

Num segundo momento, nossos estudos recairão sobre a teoria da responsabilidade civil, sua origem e evolução. Buscar-se-á, a essa altura, estabelecer um paralelo entre as responsabilidades civil e penal, delimitando seus escopos e a principiologia informadora de cada uma delas.

Amadurecidos os conceitos anteriores, partiremos para a análise efetiva do instituto do dano moral, com suas peculiaridades e vicissitudes. Procuraremos compreender a evolução histórica que se operou ao redor do tema e as diferentes correntes doutrinárias que se posicionam contrária ou favoravelmente à sua reparação.

Finalmente, construída uma sólida base conceitual para o assunto, esta monografia investigará cada uma das propostas teóricas a respeito da natureza jurídica da indenização dos danos morais, preocupando-se em destacar o caráter penalístico e a índole reparatória – principais informadores dos posicionamentos jurisprudenciais. Cumprido esse roteiro de estudos, esperamos estar aptos a defender aquele entendimento que nos pareça mais adequado e que ofereça a melhor resposta aos anseios sociais, ou seja, aquele que consagre de maneira mais efetiva os valores morais, psíquicos e afetivos dos indivíduos.

Nesse sentido, não abriremos mão de alguns questionamentos fundamentais para a construção de um posicionamento claro e bem fundamentado sobre o tema. Procuraremos, portanto, compreender no que consiste o dano? De que maneiras o ordenamento jurídico responde a ele? No que consiste e como se encaixa, na teoria da responsabilidade, a figura do dano moral? Em que argumentos se fundamenta a tese da reparabilidade dessa espécie de dano? O que propõem os defensores das naturezas penalística, reparatória e mista das indenizações? Qual dessas propostas melhor se coaduna aos escopos e princípios da teoria da responsabilidade civil?

Tomando como base a referida problematização, esperamos estar preparados, ao final deste estudo, para tomar uma posição acerca de cada uma das propostas elencadas e optar pela mais adequada. Cientes, porém, da complexidade do tema escolhido e do admirável rol de juristas que já se debruçou sobre ele, não temos a pretensão de esgotá-lo ou de oferecer-lhe respostas definitivas.

No entanto, resta-nos a certeza de que as pesquisas realizadas para a confecção desta monografia servirão para aguçar, ainda mais, a nossa curiosidade sobre tão apaixonante tema, impossível de ser ignorado por aqueles espíritos preocupados com a pessoa humana e a consagração de sua dignidade. Ressaltemos, desde já, a promessa de continuidade, o compromisso com o aprofundamento dos estudos e com a produção de novas impressões, para as quais esta monografia de final de curso servirá de inspiração e estímulo.

## 2 A NOÇÃO DE DANO

A prática de condutas lesivas e de comportamentos prejudiciais a interesses individuais e coletivos é tão antiga quanto a história do homem e das primeiras formações sociais. Nas relações humanas, revela-se corriqueiro que as ações ou omissões do indivíduo atentem contra os interesses alheios.

Tais comportamentos, no entanto, não se tornam menos reprováveis apenas pelo fato de serem inerentes ao instinto humano. Ao contrário, devem ser veementemente combatidos e reprimidos, não apenas para garantir o convívio pacífico e a manutenção ordenada das coletividades, mas também para preservar a integridade física, patrimonial e moral dos entes sociais.

### 2.1 DANO E DIREITO

Nas sociedades primitivas, encontravam-se intrinsecamente relacionadas as noções de dano e vingança privada. A partir desta constatação, não resta dúvida de que, num estado de natureza, o sujeito lesado ou a coletividade ofendida buscavam fazer justiça com as próprias mãos.<sup>1</sup>

Na passagem gradual para o estado civil, esse tipo de reação natural à conduta reprovável passa a ser reprimido, tornando-se exclusivamente estatal o poder e o dever de punir e de restabelecer o *status quo ante*. Ao revestir-se desse poder-dever, cabe ao Estado identificar os comportamentos antijurídicos e lesivos, estabelecendo, através da ordem jurídica, consequências ao responsável pela conduta que gerou gravame aos interesses alheios.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> “Es el imperio da la fuerza. A la violencia se opone la violencia. El mal se paga com el mal. Por el daño recibido se causa um daño semejante. Es la Ley de Tali3n: ‘ojo por ojo y diente por diente’. Es 3ste el per3odo de la venganza privada, la forma m3s antigua de repres33n de la injusticia.” (ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. p. 03. *Apud* THEODORO JR., Humberto. *Dano Moral*, p. 53.)

<sup>2</sup> “S3 num est3gio mais moderno da civiliza33o, em que a organiza33o social e pol3tica se consolidou e o poder se afirmou de forma est3vel e acatada, 3 que se convenceu da necessidade de institucionalizar as repara33es do dano, tornando-as obrigat3rias, mas sujeitando-as a um regime oficial que pudesse proporcionar a tranq3ilidade p3blica.” THEODORO JR., H. Idem, *ibidem*.

Essa resposta do Estado faz parte dos anseios dos cidadãos e presta-se a recompor a ordem social, bem como o equilíbrio patrimonial e pessoal dos indivíduos diretamente envolvidos na relação jurídica.<sup>3</sup>

Conforme assevera Caio Mário<sup>4</sup>, as conseqüências legalmente impostas ao ofensor podem ser de duas ordens: sanção penal ou responsabilização civil, conforme sua conduta atente contra a ordem jurídica social ou contra um interesse individual, respectivamente.

O ordenamento jurídico responde ao ilícito penal através da pena aplicada, enquanto reage ao ilícito civil por meio da indenização, exigida do causador pela vítima do dano. Se a repercussão do ato dá-se em ambas as esferas, as respostas jurídicas serão cumuladas.<sup>5</sup>

Nem sempre, porém, um delito civil enquadra-se na tipicidade dos ilícitos penais, e, nesses casos, a caracterização da conduta danosa e a imputação da responsabilidade civil submetem-se, com mais intensidade, ao poder discricionário do juiz.<sup>6</sup> Essa discricionariedade é fruto da opção legislativa pela adoção de uma cláusula geral da responsabilidade civil, como se observa em grande parte dos ordenamentos contemporâneos.

Entre os romanos, imperava um modelo típico e taxativo de delitos civis, aos quais eram imputadas as sanções cabíveis. Fora desse rol restava vedada a imputação de sanção, aproximando-se, dessa forma, os sistemas de responsabilização civil e penal. Esse caráter restritivo que marcava as condutas danosas e seu ressarcimento civil foi sendo lentamente abandonado, frente à complexidade crescente das relações

---

<sup>3</sup> “Daí a integração, no sistema jurídico, de autorização e de proibições de comportamento e, de outro lado, de mecanismos de reação, nas órbitas pública e privada, que permitem a submissão do agente, pessoal ou patrimonialmente, aos reflexos derivados de ações ou de omissões conflitantes com seus mandamentos e lesivas a interesses sociais ou individuais, ou, mesmo, de ambas as naturezas”. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 14.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 37.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – responsabilidade civil*, p.7-8

<sup>6</sup> “Por sinal, as hipóteses de atos ilícitos, que não se acham sob a sanção do Direito Penal (delito exclusivamente civil) são inúmeras e, muitas vezes, de difícil caracterização. Por isso, alerta Clóvis Beviláqua que ‘cabe ao juiz, apreciando os casos emergentes, por seus móveis, pelas circunstâncias que os acompanham, pelo alcance que tiveram, decidir se, realmente, o ato, que lhe é apresentado, deve ser classificado entre os ilícitos’.” (SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*, p. 22.)

sociais e a fim de alargar o conceito; preocupações que permitiram uma maior adequação do instituto às exigências da coletividade.

O Código Napoleônico implementou, por meio de seu artigo 1.135, a idéia de cláusula geral, na qual se resume uma noção genérica acerca da necessidade de reparação dos danos causados em virtude de ilícitos civis. O Direito Civil brasileiro adotou o modelo napoleônico e incluiu em suas mais recentes codificações uma cláusula geral da responsabilidade civil. O conteúdo geral e abstrato do princípio da responsabilização encontrava-se disposto no artigo 159 do Código Civil de 1916 e vem repetido, com algumas alterações, pelo artigo 186 do Estatuto vigente.

Em ambas as codificações pátrias, no entanto, percebe-se a opção por um sistema misto, em que, ao lado da cláusula geral, encontram-se disposições específicas e restritivas, direcionadas à fixação da indenização para determinados tipos de danos. Tal iniciativa demonstra a preocupação do legislador em reduzir o campo de discricionariedade dos magistrados e garantir uma maior segurança jurídica ao sistema.<sup>7</sup>

A menção direta a determinadas espécies de danos não exclui, porém, a reparabilidade de uma infinidade de outras condutas danosas que, apesar de não mencionadas especificamente pela legislação infraconstitucional, enquadram-se perfeitamente na noção genérica de dano e responsabilidade. Por assim não entenderem alguns juristas é que, anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, defendia-se a impossibilidade de reparação dos danos meramente extrapatrimoniais, sob o argumento de que não havia previsão legislativa acerca de sua reparabilidade.

Nesse sentido, a alteração mais significativa observada na passagem da legislação anterior para a atual foi a inclusão expressa da ressarcibilidade dos danos morais, recepcionando a orientação constitucional (art. 5º, X da Constituição Federal de 1988) e demonstrando a inclinação personalista do texto legislativo.

---

<sup>7</sup> SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 75.

## 2.2 DANO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nem toda conduta antijurídica demonstra-se prejudicial aos interesses alheios e, portanto, nem sempre originará um dano, na visão de Sílvio de Salvo Venosa. Para o autor, na noção de dano está sempre presente a idéia de prejuízo e nem sempre a transgressão de uma norma resulta prejudicial aos interesses de alguém, circunstância em que não restará caracterizado o dano.<sup>8</sup>

No entanto, se a presença do resultado lesivo não é essencial para a configuração da responsabilidade penal ou moral, o mesmo não ocorre quando se trata de responsabilidade civil. De acordo com os irmãos Mazeaud, se ausente o dano, não há nada a ser reparado e, portanto, inexiste qualquer fundamento para responsabilidade desta natureza.<sup>9</sup>

Nesse sentido, os doutrinadores pouco divergem quanto à caracterização do dano como elemento essencial da responsabilidade civil. Afinal, o princípio do *neminem laedere*, segundo o qual a ninguém é dado prejudicar outrem, é, sem dúvida, um corolário de diversos ordenamentos jurídicos e um instrumento de pacificação social. Nele está fundamentada a teoria da responsabilidade civil, a qual, como se pode observar, não sobreviveria ante a ausência do prejuízo injustamente sofrido.

Muitos elementos antes considerados fundamentais para a configuração da responsabilidade vêm sendo repensado pelos doutrinadores e, via de regra, mitigados. Já o caráter essencial do dano para a responsabilização civil de seu causador jamais chegou a ser questionado pelos juristas. A constante evolução doutrinária construiu entendimentos que afastam a necessidade de verificação da culpa ou até mesmo do ato ilícito para a imputação de responsabilidade. No entanto, não se admite, jamais, a hipótese de responsabilidade sem dano.<sup>10</sup>

Sendo assim, deve ser verificada a perda *in natura* nos interesses daquele que se diz prejudicado para que se justifique a responsabilização do ofensor. Não deve

---

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, p. 33.

<sup>9</sup> MAZEAUD e MAZEAUD. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. I, n. 208. *Apud* PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 38.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*, p. 26.

importar ao direito a natureza dos bens depreciados ou deteriorados, mas a efetiva reparação das perdas, em nome da paz e do equilíbrio social e em homenagem aos legítimos interesses individuais.

A despeito da unanimidade de que goza entre os juristas, o estudo do dano e de suas repercussões não pode ser ignorado quando se pretende abordar qualquer tema inserido no âmbito da responsabilidade civil. Nos dizeres de Sílvio Rodrigues, “a questão da responsabilidade não se propõe se não houver dano, pois o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém.”<sup>11</sup>

A assunção do dano como elemento fundamental da responsabilidade civil demonstra com clareza os reais objetivos perseguidos por esta figura jurídica. A idéia de que o agente apenas responderá civilmente por seus atos ilícitos se deles decorrer um prejuízo aos interesses de outrem, evidencia o escopo reparatório da teoria, cuja maior preocupação é a integridade patrimonial e espiritual da vítima. Se assim não fosse, poder-se-ia admitir a responsabilização do ofensor pela mera transgressão legal, independentemente do resultado de sua conduta, com base apenas na reprovabilidade de seus atos e no potencial ofensivo que estes carregam.

Nesse sentido, bastante ilustrativo o exemplo – de que lançam mão inúmeros doutrinadores – do motorista que desrespeita o semáforo e atravessa a via, transgredindo a norma de trânsito. Se de tal conduta não decorre nenhum prejuízo a terceiros, como a colisão com outro veículo, por exemplo, o condutor imprudente apenas terá infringido uma norma de caráter administrativo, comportamento que não surte qualquer efeito no campo da responsabilidade civil.<sup>12</sup>

Ademais, a relevância da figura do dano não se observa apenas na fase preambular da imputação de responsabilidade civil, mas é evidente, também, no momento de o magistrado estabelecer os valores devidos a título de indenização. Afinal, o que informa o *quantum* devido pelo ofensor é exatamente a extensão do dano ou a sua gravidade. Essa a orientação do *caput* do artigo 944 do Código Civil de 2002, segundo o qual, “a indenização mede-se pela extensão do dano.” Trata-se, portanto, da regra em matéria de responsabilidade civil, afastada apenas excepcionalmente, para

---

<sup>11</sup> RODRIGUES, S. Obra citada, p. 18.

<sup>12</sup> REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*, p. 4.

atender a casos concretos em que a extensão do dano não se apresenta como critério ensejador de uma decisão justa e equânime.<sup>13</sup>

### 2.3 O CONCEITO DE DANO

Os conceitos de dano formulados pelos autores assemelham-se quanto à inclusão da idéia de lesão ou prejuízo<sup>14</sup> para a vítima. Henri de Page define o dano a partir da relação que se estabelece entre uma lesão a direito e um prejuízo.<sup>15</sup> Porém, definições como essa, que relacionam dano e lesão a direito, vêm sofrendo alterações, a fim de adaptarem-se às realidades contemporâneas e suas repercussões na esfera jurisprudencial.

Nesse caminho, surgem definições como a sugerida por Fabrício Zamprogna Matielo, que substitui a idéia de “lesão a direito” pela noção de prejuízo a “interesses alheios juridicamente protegidos”.<sup>16</sup> Dessa forma, o autor reconhece a necessidade da relevância jurídica do interesse, mas descarta a exigência de um direito em sentido estrito, ou da titularidade regularmente constituída, para que o mal causado represente um dano.

Grande parte dos doutrinadores tem admitido que se configure a responsabilidade civil em face de lesão a um mero interesse da vítima, aceitando a possibilidade de estabelecer-se a obrigação de reparar ainda que a lesão não atinja direito do qual o ofendido seja titular. Assim leciona Sílvio de Salvo Venosa: “em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão *dano injusto* traduz a

---

<sup>13</sup> GONÇALVES, C. R. Obra citada, p. 178.

<sup>14</sup> “Firma-se aí o princípio romano: *‘Damnum facere dicitur, quis facit quod sibi non est permissum’* (Diz-se que faz dano aquele que faz o que não lhe é permitido). Não se pode olvidar que o sentido normal de dano está sempre ligado à idéia de prejuízo ou de perda, caracterizando a diminuição do patrimônio atingido. Assim, todo *damnum iniuriae datum* (dano provocado contra o direito) comporta ressarcimento ou indenização.” (PEDROTTI, Irineu Antonio. *Responsabilidade Civil*, p. 339.)

<sup>15</sup> PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. II, n. 948. *Apud* PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 38.

<sup>16</sup> “Juridicamente, *dano* é qualquer ato ou fato humano produtor de lesões a interesses alheios juridicamente protegidos”. (MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano moral, dano material e reparação*, p. 13.)



mesma noção de *lesão a um interesse*, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil.”<sup>17</sup>

Essa linha de pensamento fez surgir entre os juristas franceses uma questão intrigante e ainda muito discutida no âmbito da responsabilidade civil; trata-se do que se convencionou chamar de “perda da chance” (*perte d’une chance*).<sup>18</sup> Os adeptos de tal teoria defendem a possibilidade de estabelecer-se a obrigação reparatória em face de ato humano que implique na frustração de uma oportunidade vislumbrada por outrem, desde que a chance perdida configure-se em prejuízo certo e suscetível de valoração.<sup>19</sup>

Tendências teóricas como essas refletem o reconhecimento jurídico da amplitude do conceito de dano. Gradativamente, juízes e doutrinadores vêm assimilando a abrangência da noção de interesse e, conseqüentemente, admitindo a reparabilidade dos mais diversos tipos de prejuízos, perpetrados por ação ou omissão de uma gama infindável de agentes. Nesse sentido é a lição de Fabrício Zamprogna Matielo, para quem “o avanço do amparo jurídico em todos os sentidos resguarda cada vez mais o lesado, aproximando energicamente os momentos fático e legal, até porque aquele sempre carrega consigo, desde o termo inicial, aspectos jurídicos, pois mesmo o conceito de dano tem tais nuanças.”<sup>20</sup>

No sentido do reconhecimento da multiplicidade de condutas danosas e prejuízos a exigirem indenização<sup>21</sup>, merece destaque o avanço representado pela corrente doutrinária e jurisprudencial que passou a admitir a reparabilidade dos danos

---

<sup>17</sup> VENOSA, S. S. Obra citada, p. 34.

<sup>18</sup> “Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. 1. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (*perte d’une chance*) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. Voto vencido.” (Ap. Cv. nº 596070979, Quinta Câmara Cível, TJRS. Relator: Des. Araken de Assis. Julgado em 15/08/1996)

<sup>19</sup> “É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar dentro da idéia de perda de uma oportunidade (*perte d’une chance*) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.” (PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 42.)

<sup>20</sup> MATIELO, F. Z. Obra citada, p. 14-15.

<sup>21</sup> “Nesse sentido, dano é pressuposto da responsabilidade civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais, como o entende a melhor doutrina.” (BITTAR, C. A. Obra citada, p. 17.)

exclusivamente morais. A despeito das discussões e controvérsias suscitadas pelo tema, parece odioso, num contexto de despatrimonialização do direito privado, negar relevância jurídica aos prejuízos dessa natureza, condenando as vítimas a dor ainda mais profunda.<sup>22</sup>

Na visão de Caio Mário<sup>23</sup>, será ressarcível o dano que, constatado no plano fático, preencher os requisitos de certeza, atualidade e subsistência. Ressalvadas determinadas situações excepcionais, só seriam reparáveis, portanto, os danos que já se verificaram ou ainda persistem, desde que não se refiram a um prejuízo meramente hipotético ou eventual e, finalmente, desde que já não tenham sido reparados.

Segundo o ensinamento de Américo Luís Martins da Silva, pode-se acrescentar ao conceito a presença de um indispensável caráter subjetivo, sem o qual também não se verifica o dever de ressarcir. Defende o autor, que não basta que se verifique a deterioração ou destruição de um determinado bem para que essa perda seja reparada; se não houver um sujeito legitimamente interessado, a quem o prejuízo afeta, não se cogitará da possibilidade de indenização.<sup>24</sup>

Feitas tais considerações, não resta dúvida de que o conceito de dano aplica-se às mais diversas situações gravosas enfrentadas pelo homem, as quais exigem, via de regra, uma resposta do ordenamento jurídico. No âmbito privado, essa resposta identifica-se com o instituto da responsabilidade civil, que buscará a reparação dos danos, independentemente de sua natureza material ou moral.

---

<sup>22</sup> “o direito deve colocar instrumentos à disposição de quem sofreu violação para não permitir nenhuma intromissão injusta à pessoa. A consciência de cidadania e de dignidade pessoal conduzem a uma mais forte auto-estima e preservação de valores que emergem do ser mesmo do homem.” (SANTOS, A. J. Obra citada.)

<sup>23</sup> PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 40.

<sup>24</sup> “O conceito jurídico do dano apresenta um cunho declaradamente subjetivo. Ainda que um objeto seja destruído ou deteriorado, não haverá dano (em sentido jurídico) se não houver um sujeito interessado a quem o prejuízo afete: a existência e quantidade do dano patrimonial só podem fixar-se relacionando-se com a pessoa que o experimenta. Daí, a nosso ver, deduz-se que, para se configurar a obrigação de indenizar, a antijuridicidade deve atender a três princípios: a) a existência do elemento objetivo ou material, que é justamente o dano; b) a existência do elemento subjetivo, que se biparte nas figuras do *sujeito ativo* (quem causou o dano ou é responsável por sua reparação sem ter culpa) e *passivo* (a vítima que sofreu a lesão em um dos seus direitos); e c) o *nexo causal*, que deve vincular os sujeitos ativo e passivo ao dano efetivamente ocorrido.” (SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 29.)

## 2.4 DANO PATRIMONIAL E DANO MORAL

Conforme assevera Antônio Jeová Santos, a figura do dano vem sendo juridicamente classificada por inúmeros doutrinadores, com base em critérios diversos. Por essa razão, os autores apresentam, de acordo com suas convicções teóricas, inúmeras espécies e subespécies de dano.<sup>25</sup>

Compreender as singularidades de cada espécie, sem olvidar das características que as aproximam, é fundamental ao melhor entendimento da teoria da responsabilidade civil. Para o presente trabalho monográfico, a classificação mais relevante é aquela que distingue os danos morais daqueles de natureza patrimonial, qualificações mencionadas e admitidas pela quase unanimidade dos juristas.

Tendo em vista que a noção de dano está estritamente ligada à de prejuízo (conforme orientação doutrinária já abordada), para compreender a classificação em análise é preciso, de acordo com o ensinamento de Américo Luís Martins da Silva, desvincular-se da concepção vulgar de prejuízo, que o entende como qualquer perda ou desvantagem patrimonial suportada pelo indivíduo.

No sentido jurídico, porém, nem toda perda será considerada prejuízo, assim como não só aquelas desvantagens que atingem os bens materiais do indivíduo constituirão um dano.<sup>26</sup> Uma vez assimilada a realidade inegável de que um sujeito pode ver-se prejudicado na esfera espiritual tanto quanto na material, vislumbra-se a necessidade indiscutível de recepcionar, juridicamente, o conceito de dano moral, sem, contudo, confundi-lo com as lesões ao patrimônio.<sup>27</sup>

Nesse esforço de individualização, o critério comumente utilizado para diferenciar os dois tipos de dano é o da sua projeção na realidade do mundo fenomênico. Para a maioria dos autores, identificar-se-á a espécie da ofensa de acordo com a natureza do bem ofendido pela ação do agente.

---

<sup>25</sup> “classificar é sempre necessário para joeirar, ordenar e estremar conceitos díspares, procurando disciplinar entidades conhecidas e auxiliar na identificação de outras, mas sempre com um fundo comum que é a melhor compreensão do dano.” (SANTOS, A. J. Obra citada, p. 78)

<sup>26</sup> “dano é toda desvantagem que sofremos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, etc.).” (ENNECCERUS, L. *Apud*. SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 27-28.)

<sup>27</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil – Obrigações em geral*, p. 376-377.

O dano patrimonial, como imediatamente deixa transparecer a terminologia adjetiva adotada para defini-lo, recai sobre o patrimônio<sup>28</sup> do sujeito, razão pela qual se traduz sempre em ofensa ou diminuição de certos valores econômicos. Já de acordo com o ensinamento de Clayton Reis, esse tipo de dano caracteriza-se pelos prejuízos verificados sobre os bens materiais do sujeito, representados pelos objetos de natureza corpórea ou material.<sup>29</sup>

No mesmo sentido, alguns autores definem o dano patrimonial como sendo aquele que representa lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Portanto, se possível a conversão dos interesses prejudicados em valores econômicos, as perdas suportadas pelo ofendido estarão enquadradas na categoria dos danos patrimoniais.<sup>30</sup> Não destoa dessa orientação o conceito apresentado por Antônio Jeová Santos:

Quando o prejuízo afeta bem material, diz-se que o dano é patrimonial. Caracteriza-se pela apreciação pecuniária da consequência que produz. No dizer de Adriano de Cupis, a *patrimonialidade* “se refere a uma necessidade econômica. Patrimônio é qualquer bem exterior com relação ao sujeito e que seja capaz de classificar-se na ordem da riqueza material, quase sempre valorável em dinheiro, idôneo para satisfazer uma necessidade econômica. Somente o dano que atinge bens que tenham valoração pecuniária é considerado *patrimonial*”. Quando, ao contrário, a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor etc., diz-se que o dano é *moral*.<sup>31</sup>

Para os adeptos da teoria diferencial, ou teoria da diferença, o patrimônio deve ser entendido como unidade de valor, como universalidade de bens passível de avaliação pecuniária. Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que o dano só pode ser compreendido a partir de uma comparação entre o patrimônio que o ofendido detinha

---

<sup>28</sup> Para conceituar o *patrimônio*, Américo Luís Martins da Silva apóia-se na lição de Hans Albrecht Fischer e afirma que “em sentido jurídico, o *patrimônio* define-se como o conjunto de direitos apreciáveis em dinheiro de que é titular uma pessoa ou que correspondem a uma *entidade patrimonial ativa*.” (SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 28.)

<sup>29</sup> REIS, C. Obra citada, p. 7-8.

<sup>30</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil*, p. 45.

<sup>31</sup> SANTOS, A. J. Obra citada, p. 78.

anteriormente à lesão - mais aquilo que, em decorrência desta, deixou de ganhar - e aquele que o lesionado detém no momento de estabelecer-se a indenização.<sup>32</sup>

A partir dessa afirmação, conclui-se que a referida espécie de dano pode ser desdobrada em dois aspectos, que precisam ser reconhecidos e analisados separadamente no momento da fixação do montante indenizatório. Trata-se do dano emergente, como a efetiva diminuição suportada pela vítima; e dos lucros cessantes, traduzidos pelos rendimentos que o lesado deixa de auferir em consequência do dano. Esse reconhecimento reflete a opção pela ampla e efetiva reparabilidade dos danos materiais, característica até hoje questionada e negada aos danos extrapatrimoniais por alguns juristas.

Durante longo período da história jurídica moderna, os estudiosos do Direito só admitiam a reparação do dano quando houvesse um determinado patrimônio jurídico lesionado. Considerando-se, porém, a visão estrita de patrimônio, até hoje sustentada por muitos doutrinadores, poder-se-ia admitir apenas a reparação ou compensação dos danos que atingem valores econômicos.<sup>33</sup> Esse entendimento, perfeitamente adaptado à concepção patrimonialista que marcou o pensamento da Modernidade, não guarda qualquer compatibilidade com a tendência personalista que contemporaneamente invade o Direito.

Cientes dessa inadequação, esforçam-se muitos autores em desenvolver e sugerir um alargamento da noção de patrimônio, admitindo a existência de um “patrimônio moral”.<sup>34</sup> Este, diferentemente do econômico ou financeiro, é inerente a todo e qualquer sujeito, embora cada indivíduo informe-o por diferentes valores, afeições e sentimentos.<sup>35</sup>

A partir do momento em que se reconhece a existência de um patrimônio moral, extremamente caro à pessoa humana e tão carecedor de tutela e garantia de

---

<sup>32</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, p. 208.

<sup>33</sup> ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral à pessoa e sua valoração*, p. 3.

<sup>34</sup> NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade Civil – Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*, p. 92.

<sup>35</sup> “É certo, na verdade, que naqueles tempos recuados, a ciência psicológica não contava com os recursos de que dispões hoje, nem a doutrina havia discutido essa espécie de dano com tanta desenvoltura. Por outro lado, a técnica não era tão desenvolvida como hoje. Também houve muita influência da noção clássica de patrimônio e ninguém (ressalvada uma minoria) admitia pudesse haver patrimônio moral.” (VALLE, Christino Almeida do. *Dano moral*, p. 86.)

integralidade quanto o patrimônio material, torna-se inaceitável que um ordenamento jurídico centrado na dignidade da pessoa humana negue proteção ao *ser* contra as ofensas perpetradas por outrem.

O reconhecimento dessa realidade exige reflexão doutrinária acerca dos danos morais e de sua definição. Para tanto, é preciso ter em mente que inexistem verdades absolutas ou conceitos definitivos e imutáveis<sup>36</sup>. Sendo assim, buscam-se definições para entender a exegese dos institutos e seu significado dentro de um determinado contexto histórico e cultural, a fim de compreender de que maneira podem ser aplicados à realidade.

Inicialmente, deve-se afastar as definições meramente negativas do dano moral, às quais os doutrinadores brasileiros recorrem com frequência. Afinal, pouca utilidade jurídica se extrai da idéia de que “*dano moral* é a lesão não-patrimonial”.<sup>37</sup> No entanto, conceito dessa natureza reflete a opção doutrinária por conservar a pureza<sup>38</sup> do instituto, reservando a expressão dano moral àqueles prejuízos que não geram qualquer efeito sobre o patrimônio economicamente apreciável.<sup>39</sup>

Assim sendo, definições como a de Wilson Mello da Silva, que se utilizam da negação para caracterizar os bens ofendidos pelo dano moral, não parecem de todo inadequadas, uma vez que garantem maior abertura e flexibilidade ao conceito. Para o autor, “danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”<sup>40</sup>

Com base na mesma idéia de prejuízo ou lesão à esfera pessoal do sujeito, de ofensa ao seu patrimônio imaterial, Américo Luís Martins da Silva cita um

---

<sup>36</sup> “Com a prudência que caracterizava o povo romano, dizia-se que *omnis definitio periculosa est*. Definir é sempre perigoso. A dificuldade reside no fato de que a definição há de ajustar-se, de forma perfeita, ao objeto definido. O enquadramento há de ser preciso e lógico.” (SANTOS, A. J. Obra citada, p. 95.)

<sup>37</sup> SANTOS, A. J. Idem, *ibidem*.

<sup>38</sup> DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*, p. 160-162.

<sup>39</sup> “A expressão *dano moral* deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante *repercussão*, o dano deixa de ser *extrapatrimonial*. Indenizam-se essas consequências, produzindo-se o dano nesse caso, de *modo indireto*.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 271.)

<sup>40</sup> SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, p. 13.

interessante conceito de dano moral. Nele, parte-se de um conteúdo geral para a individualização de algumas espécies de bens que, ao serem feridas por condutas alheias, podem resultar em dano à pessoa: “em suma, por dano moral, segundo Daisy Justa Fernandes Bordon, deve-se entender aquele causado ao *patrimônio desmaterializado* de uma pessoa, ou seja, aquele resultante de lesões à honra, à paz interior, às crenças, à vida na sua totalidade física e moral, às afeições legítimas, aquele que afeta o âmago do ser.”<sup>41</sup>

Na lição de Jorge Bustamante Alsina, o dano moral pode ser identificado como a lesão aos sentimentos humanos, da qual podem decorrer padecimentos físicos e espirituais, agravo às afeições legítimas, enfim, todo tipo de perda insuscetível de apreciação pecuniária.

Encontram-se, ainda, na doutrina, conceitos que vinculam a noção de dano moral à necessária e suficiente violação de um direito da personalidade. Para os autores que assim entendem, o mero desrespeito a um direito personalíssimo configura o dano moral, razão pela qual se pode prescindir da análise das repercussões anímicas na vítima.<sup>42</sup>

Com base nos ensinamentos de Matilde Zavala de Gonzalez e Ramon Daniel Pizarro, Antonio Jeová Santos sustenta que uma correta e abrangente definição do dano moral, não pode menosprezar a importância das consequências da lesão, considerada em si mesmo, sobre o ânimo da vítima; sem que se verifique o detrimento espiritual, inexistente dano moral. Defende, ainda, a conceituação desvinculada do caráter comparativo e negativo em relação ao dano patrimonial, e explicita que o conteúdo da perda moral é a modificação desvaliosa do espírito, compreendidos, aqui, os múltiplos aspectos que constituem a pessoa humana. Finalmente, defende uma definição ampla, capaz de abranger diversas capacidades do sujeito, como as de *querer*, *sentir* e *entender*, a fim de garantir o respeito a todas as esferas da subjetividade.<sup>43</sup>

Trata-se, sem dúvida, de pensamento inovador e instigante, que visa superar a idéia restritiva do *pretium doloris* como fundamento da configuração e da reparabilidade do dano moral. Chega-se, portanto, a prescindir do sofrimento e mesmo

---

<sup>41</sup> SILVA, A. L. M. Obra citada, p.37

<sup>42</sup> SANTOS, A. J. Obra citada, p. 96

<sup>43</sup> SANTOS, A. J. Idem, p. 97-98.

da capacidade de compreensão da vítima acerca da dor espiritual como requisitos fundamentais dessa espécie de dano.<sup>44</sup>

Entendimento tão novo e de tal forma marcado pela tendência ao alargamento do conceito deve, sem dúvida, ser analisado pelos olhos da cautela; não pode, porém, ser ignorado ou encarado preconceituosamente, em especial por aqueles estudiosos do Direito que pretendam conferir maior efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Observados tais conceitos, formulados para caracterizar os danos de ordem patrimonial, bem como os de natureza moral, conclui-se que as duas espécies aproximam-se pela circunstância de representarem perdas ou prejuízos causados pelo ofensor à esfera individual do ofendido. No entanto, quando se trata de danos materiais, essas desvantagens atingem os bens suscetíveis de valoração econômica; ao passo que, em decorrência do dano moral, há uma alteração nociva do patrimônio ideal do sujeito lesado, ou seja, daquele conjunto de bens que não são passíveis de apreciação pecuniária e compõem a dimensão espiritual do indivíduo.

Finalmente, vale ressaltar, de acordo com o entendimento de Alfredo Minozzi, corroborado por Américo Luís Martins da Silva, que o que melhor distingue os dois tipos de danos não é a natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas sim a repercussão, o efeito da lesão sobre o ofendido.<sup>45</sup> Essa visão nos parece mais adequada, por admitir a possibilidade de um dano patrimonial decorrer de ofensa a bem não patrimonial, assim como a de um dano moral resultar de lesão a bem material.

Clayton Reis, por sua vez, encontra na forma de reparação a principal diferença entre as duas categorias de danos, já que os patrimoniais são indenizados a fim de repor ou recompor o patrimônio da vítima, enquanto o pagamento de

---

<sup>44</sup> “não é possível ficar numa interpretação restritiva, em que seja considerado dano moral ressarcível somente aquele que fique na órbita do afetivo, dos sentimentos, representados por dor, tristeza, vergonha, angústia etc. A dimensão espiritual de uma pessoa é muito mais abrangente. Não está restrita a sentimentos ou a sensibilidade. A aptidão de entender, de querer, e de sentir, também são integrantes desse patrimônio espiritual e que não pode ser rompido, sob pena de deixar o ofensor na mira da indenização. A afetação da capacidade de querer, sentir e entender, que seja de modo negativo e prejudicial, configura o dano moral apto a dar azo ao ressarcimento. (...) A doutrina brasileira há de superar o molde estreito do *pretium doloris*, expandindo a possibilidade da existência do dano moral a todos os casos em que a pessoa seja o centro da violação. (SANTOS, A. J. *Idem*, p. 69-70.)

<sup>45</sup> SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 38.



determinada soma pecuniária em face do dano moral visa a produzir uma satisfação compensatória da dor.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Por penetrar na questão da função desempenhada pela indenização, o aludido entendimento de Clayton Reis voltará a ser abordado, nesse trabalho monográfico. A construção teórica do autor acerca do instituto do dano moral é digna de homenagens, já que especialmente legitimada pela experiência jurisprudencial do jurista. (nota da autora)

### 3 A TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para o Direito, de nada adiantariam o estudo e a compreensão do conceito de dano se a ele não fossem imputadas conseqüências jurídicas. A questão da responsabilidade civil encontra-se exatamente no âmbito dos efeitos jurídicos resultantes das condutas danosas.

Antes de mais nada, parece relevante mencionar que o ideal de responsabilidade não nasce dentro do Direito nem se limita à esfera jurídica da vida em sociedade. O conceito que imputa ao homem o dever de responder por seus atos permeia todos os domínios da vida social, razão pela qual foi recepcionado e desenvolvido pelo Direito. A responsabilidade moral, por exemplo, identifica-se como uma das mais importantes manifestações desse princípio. Trata-se de noção diversa e mais ampla, porém informadora da responsabilidade jurídica.

Para que seja possível o convívio humano, em uma sociedade que se pretende organizada, não se pode abrir mão de um instituto jurídico que vise à prevenção da prática de condutas lesivas em âmbito privado e que busque reparar aqueles danos que não conseguiu evitar.<sup>47</sup> Os membros da coletividade devem estar cientes de seu dever de não lesar, como muito bem esclarece Rui Stoco, em trecho de seu *“Tratado de responsabilidade civil”*:

Aqueles que vivem em sociedade e aceitaram as regras sociais, as obrigações anímicas impostas pela moral e pela ética, enquanto compromissos supraleais, e pelo regramento institucional imposto pelo tegumento social, expresso no Direito Positivo, assumem o dever de não ofender, nem de lesar, causar dano ou prejuízo sem que tenham justificativa ou eximente, expressamente prevista na legislação de regência.<sup>48</sup>

#### 3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA TEORIA

Primitivamente, o homem reagia de maneira instintiva ao ver-se afligido por um dano a que outrem dera causa. A reação natural apresentava-se sob a forma de vingança privada, uma vez que a imposição de um mal, proporcional ao suportado pela

---

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*, p. 5.

<sup>48</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 120.

vítima, à esfera pessoal do ofensor parecia ser o modo mais eficaz de satisfação do ofendido.<sup>49</sup>

A partir do momento em que a convivência humana adentrou pela fase contratual, demonstrou-se, de maneira mais evidente, o quanto as lesões a interesses alheios traziam desarmonia e insegurança às relações sociais intersubjetivas. Desde então, iniciou-se a busca por mecanismos que não apenas desestimulassem as práticas lesivas, mas também tivessem o condão de restabelecer o *statu quo ante* e o equilíbrio patrimonial entre ofensor e ofendido.

Durante um longo período da história da humanidade, porém, reservou-se à idéia de reparação do mal sofrido um caráter secundário dentro do sistema de responsabilização do causador do dano. O próprio Estado demora a desvincular-se plenamente da noção de vingança privada, e mantém as conseqüências imputadas aos atos do ofensor na seara das sanções. É essa postura que Caio Mário<sup>50</sup> identifica entre os romanos, destacando que entre eles nunca se estabeleceu uma norma geral da responsabilidade civil, pois a preocupação em atingir o causador era maior do que a de satisfazer a vítima do dano.

A teoria da responsabilidade civil surge exatamente para atender a este segundo objetivo, qual seja o de reparar o dano sofrido. Nessa esteira é que, gradativamente, foram sendo abandonadas práticas primitivas, como as que imputavam castigos corporais aos agentes, por se tratarem de medidas meramente retributivas, ineficazes no sentido da recomposição patrimonial ao lesado.<sup>51</sup> Dessa forma, também, as noções de responsabilidade civil e penal começam a ser, paulatinamente, delimitadas, até assumirem peculiaridades capazes de distingui-las absolutamente.

---

<sup>49</sup> “Reconhecia-se no homem o instinto natural de pagar o mal pelo mal, fazendo compensar a ofensa sofrida pela imposição, ao causador, de dano equivalente. O homem primitivo reagiria, diante do dano, tal como a criança que, depois de tropeçar, chuta a pedra que a magoou.” (THEODORO JR., H. Obra citada, p. 52.)

<sup>50</sup> THEODORO JR., H. Idem, p. 03.

<sup>51</sup> “Desde os primórdios da civilização, entendendo-se esta como o período subsequente à instalação da fase contratual da convivência humana, ligou-se indissociavelmente à definição de dano o ideal de reparação. Quer-se dizer, assim, que o fato singelo do dano causado levou a intensas considerações tendentes a infligir ao agente ativo a obrigação de preencher a lacuna deixada no patrimônio alheio em função da conduta irregular e censurável pela coletividade.” (MATIELO, F. Z. Obra citada, p. 18.)

Uma vez delimitado o campo e a forma de atuação da responsabilidade civil, coube às legislações civis definir o seu conteúdo e extensão, sempre com base nos valores basilares de cada sociedade e de cada momento histórico. Com o advento da Modernidade, a tendência seguida pela maioria absoluta dos documentos legislativos refletia um Direito eminentemente patrimonialista. Inspirados pelo Código Napoleônico, voltavam suas atenções aos bens materiais do sujeito e tinham como objetivo maior a proteção da integridade desses bens. A *pessoa* aparecia como centro das preocupações do ordenamento jurídico, mas não era vista enquanto *ser*. Interessava ao Direito a dimensão do homem como produtor de riquezas e renda.

Tratava-se, portanto, de um individualismo materialista, em que o sujeito de direitos era o sujeito proprietário e em que os menos favorecidos estavam à margem da tutela jurídica. Em virtude desse pensamento, a noção de indenização estava limitada aos prejuízos econômicos suportados pela vítima. A superação desse modelo foi uma conquista gradual, pois, aos poucos, os diversos ordenamentos jurídicos começaram a compreender a necessidade de encarar a *pessoa* como o bem máximo, a exigir maior proteção legal. Nesse contexto, surgem idéias caríssimas ao Direito atual, como as de direitos humanos e fundamentais, dignidade da pessoa humana e direitos personalíssimos.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 foi um marco fundamental para a positivação desses novos princípios e valores. No que tange à responsabilidade civil, foi o texto constitucional que, seguindo essa orientação de proteção ao *ser*, reconheceu expressamente a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, consoante já defendiam muitos doutrinadores estrangeiros e nacionais.<sup>52</sup>

### 3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Como já observado anteriormente, a grande variedade de tipos de danos e as diferentes repercussões que eles provocam criam a necessidade de respostas diversas

---

<sup>52</sup> “A primazia jurídica deve ser dirigida à inviolabilidade do ser humano. O art. 5º, X, da Constituição da República, procura salvaguardar o ser humano integral ao considerar invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (SANTOS, A. J. Obra citada, p. 48.)

do Estado frente às lesões. Por essa razão é que determinadas condutas ofensivas serão enquadradas no âmbito da responsabilidade civil, enquanto outras ensejarão a responsabilização penal do ofensor, conforme a natureza dos valores e interesses atingidos.

Em ambas as hipóteses, está-se diante da constatação de uma infração de dever de conduta por parte do agente. No entanto, cada infração poderá atacar interesses de duas ordens, prejudicando a esfera pessoal de um sujeito, perturbando a ordem social como um todo ou atingindo ambas as esferas. Ciente dos resultados diversos que as práticas infracionais podem gerar, o legislador distingue-as e aplica a cada espécie uma sanção com características próprias, identificáveis como sanção civil ou penal. O fato de uma conduta caracterizar-se criminosa não exclui, porém, a possibilidade de que seja enquadrada também como ilícito civil.<sup>53</sup>

Além de tutelarem interesses diversos (sociais e individuais), as responsabilidades penal e civil diferem-se, ainda, por seus escopos e efeitos. Enquanto a primeira possui um caráter predominantemente retributivo e de recuperação do criminoso, a segunda preocupa-se primordialmente com a figura do lesado e com a reparação do prejuízo por ele sofrido.<sup>54</sup>

Reflexo inegável dessa diversidade é o fato de as penas apresentarem caráter personalíssimo e não poderem ser cumpridas por outrem que não aquele que praticou o crime, ao passo que podem arcar com o dever de indenizar outros indivíduos que não o agente direto causador do dano. Também emana daí a constatação de que o ressarcimento civil dos danos causados dependerá, sempre, da iniciativa da vítima, pois se refere a um interesse exclusivo do prejudicado. Por outro lado, a inércia da

---

<sup>53</sup> “Cabe ao legislador definir quando é oportuno e conveniente tornar a conduta criminalmente punível. Os ilícitos de maior gravidade social são reconhecidos pelo Direito Penal. O ilícito civil é considerado de menor gravidade e o interesse de reparação do dano é privado, embora com interesse social, não afetando, a princípio, a segurança pública. (...) Em qualquer dos campos, porém, existe infração à lei e a um dever de conduta. Quando esse dever de conduta parece à primeira vista diluído e não identificável na norma, sempre estará presente o princípio geral do *neminem laedere*; ou seja, a ninguém é dado prejudicar outrem. Quando a conduta é de relevância tal que exige punição pessoal do transgressor, o ordenamento descreve-a como conduta criminalmente punível.” (VENOSA, S. S. Obra citada, p. 24.)

<sup>54</sup> “A responsabilidade civil acarreta a necessidade de ressarcimento dos danos causados; a criminal, a de cumprimento da pena estabelecida na lei penal.” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das obrigações*, p. 288.)

vítima não representa, via de regra, um obstáculo à responsabilização penal do ofensor, pois estão em tela valores que superam o mero interesse individual do lesado.

Vale ressaltar, ainda, que o caráter pessoal e muitas vezes corporal das penas exige um comportamento muito prudente do legislador, no sentido de esgotar no texto legislativo todas as hipóteses possíveis de aplicação de pena. Se a conduta do sujeito não se identifica com nenhuma daquelas tipificadas em lei, não se poderá imputar qualquer punição. Trata-se do princípio constitucionalmente reconhecido do *nulla poena sine lege*. O mesmo não ocorre na seara do Direito Civil, em que nenhum rol típico e taxativo de condutas ilícitas limita a responsabilização do ofensor.

### 3.3 DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

As questões envolvidas na problemática da responsabilidade civil são inumeráveis. Diversos conceitos, como o de dano, ato ilícito, culpa, etc. revelam-se fundamentais para a compreensão do instituto que, devido à sua complexidade, carece de uma definição assentada entre os doutrinadores. Caio Mário da Silva Pereira, após identificar essa multiplicidade de conceitos<sup>55</sup>, reconhece a necessidade de elaboração de um conceito geral, capaz de abarcar as considerações das correntes subjetiva e objetiva da responsabilidade civil.

A partir dessa análise, constrói o autor uma definição que identifica a responsabilidade civil com a concretização da abstrata reparabilidade de um dano, através da identificação de um sujeito passivo a quem incumbe o dever de indenizar. Em suas palavras: “a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma.

---

<sup>55</sup> Responsabilidade civil é “a obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por um fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dependentes dela.” (SAVATIER. *Traité de la Responsabilité Civile*, vol. I, n. 1. *Apud* PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 8.)

“responsabilidade civil é o conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar este dano, oferecendo à vítima uma compensação.” (VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, volume sobre *Responsabilité Civile, Introduction*, n. 1. *Apud* PEREIRA, C. M. S. Idem, p. 9.)

“Obrigação de reparar, mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem.” (GIORGI, Giorgio. *Teoria delle Obbligazione*, vol. V, n. 143, p. 224. *Apud* PEREIRA, C. M. S. Idem, p. 10.)

Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*.<sup>56</sup>

Ao adotar-se tal definição, estabelece-se no centro da questão da responsabilidade civil a figura do dano, vinculado à sua reparabilidade. Sendo assim, esses elementos ganham destaque teórico, pois ainda que haja danos irreparáveis, só haverá algo a reparar quando presente o prejuízo.

O referido conceito demonstra-se bastante adequado às exigências sociais em relação à teoria da responsabilidade civil. Para tanto, porém, não pode ser interpretado literal ou restritivamente no que diz respeito à figura do causador do dano. Inconteste, no atual cenário jurídico, que nem sempre o dever de reparar será suportado pelo causador direto e imediato da lesão, ou seja, algumas vezes o agente que pratica o ato ofensivo, por estar sob a autoridade ou guarda de outrem, não será pessoalmente responsabilizado. Nesses casos, alguns sujeitos poderão ser chamados a indenizar os danos causados pelos atos antijurídicos de pessoas que se encontram sob sua responsabilidade.<sup>57</sup> É o que ocorre, por exemplo, com os pais, responsáveis pelos atos de seus filhos menores, e com os tutores e curadores em relação a seus tutelados e curatelados.<sup>58</sup>

Esse tipo de responsabilidade justifica-se pela presumida violação do dever de vigilância e de cuidado por parte daquele que, responsável pela guarda ou direção de determinadas pessoas, falha em sua missão de evitar que estas pratiquem atos ilícitos e danosos aos interesses alheios.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> PEREIRA, C. M. S. Idem, p. 11.

<sup>57</sup> SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 15.

<sup>58</sup> “Tanto os pais têm o dever de cuidar de seus filhos menores, que com os mesmos se encontrem, como os tutores e curadores de seus tutelados e curatelados, sendo certo que a quebra desse dever de por eles zelar faz surgir, automaticamente, sua culpa por falta de vigilância (*culpa in vigilando*).” (AZEVEDO, A. V. Obra citada, p. 283.)

<sup>59</sup> “O julgamento equivocado que se poderia ter é que a *responsabilidade objetiva* gera a presunção generalizada do dever de indenizar, isto é, não importa em que circunstâncias ocorreu o dano, havendo qualquer vínculo entre o dano e determinada pessoa ou entre o dano, o ato do preposto, empregado ou representante e o responsável, é indiscutível o dever de indenizar. Entretanto, a nosso ver, mesmo na responsabilidade objetiva, uma vez estabelecida a *presunção de culpa*, o responsável pode, perfeitamente, exonerar-se do dever de indenizar quando o dano provém de *caso fortuito*, *força maior* ou *fato de terceiro*. A *presunção de culpa*, oriunda da responsabilidade objetiva, constitui *presunção ‘juris tantum(...)*’”. (SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 17.)

Nesse sentido, a relevância jurídica do dano que recai sobre um sujeito passivo, responsável por reparar o mal causado à vítima, resumiria o ideal da responsabilidade civil.

Irrelevante, diante do exposto, a circunstância de a lesão ter sido provocada por ação ou omissão do agente; secundária a questão da presença ou ausência da culpa para a caracterização da responsabilidade; bem como perfeitamente enquadráveis no conceito tanto o dano resultante de ato ilícito quanto aquele que não decorre de qualquer transgressão legal.<sup>60</sup>

Nenhuma dessas possibilidades está excluída do conceito, até porque todas elas dizem respeito a situações atualmente reconhecidas pelos teóricos da responsabilidade civil e de fundamental importância no estudo da matéria. Afinal, a teoria da responsabilidade civil constrói-se com base em valores que privilegiam a pessoa do lesado e o seu retorno ao *status quo ante*. Ainda que inicialmente garantisse com mais ênfase a integridade patrimonial do indivíduo, cedeu, paulatinamente, aos apelos pela indispensável proteção à esfera psíquica, moral e axiológica dos sujeitos.

Carlos Alberto Bittar, em sua obra “*Reparação civil por danos morais*”, aponta a colaboração humanista e a preocupação com os interesses lesados da vítima como sendo a origem da teoria da responsabilidade civil e a mola propulsora para sua constante evolução.<sup>61</sup> Imbuídos dessa preocupação é que doutrinadores e magistrados passaram a admitir, em alguns casos, a configuração da responsabilidade civil objetiva<sup>62</sup>, em que se estabelece o dever de indenizar independentemente da constatação da culpa.<sup>63</sup> Desenvolve-se, assim, a teoria do risco, que amplia o âmbito de

---

<sup>60</sup> “o dever de reparar o dano não está circunscrito ao conceito de culpa, ou de procedimento contrário à lei, estendendo-se a qualquer comportamento *a latere* (ao lado) da virtude, do bem, da indulgência e dos bons costumes em geral, predicados que alicerçam as bases do estado social em que vivemos. E tal se dá porque o que importa é a reparabilidade, isto é, a satisfação do dano material ou moral. Por isso é que se diz que o dever de indenizar não se restringe à configuração do *ilícito civil*, porque o dano causado a alguém pode ser reparado por determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido, em sentido estrito, *ato ilícito*.” (SILVA, A. L. M. *Idem*, p. 20.)

<sup>61</sup> “A preocupação com as vítimas de danos é, realmente, o fator central na construção da teoria da responsabilidade civil, tendo suscitado os contínuos aperfeiçoamentos que vem experimentando.” (BITTAR, C. A. *Obra citada*, p. 21.)

<sup>62</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 492.

<sup>63</sup> No atual estado da arte, grande parte dos juristas inclina-se no sentido de alargar a noção de culpa e opta por conferir um sentido mais humano ao princípio da responsabilidade civil. Nesse sentido, desenvolveu-se a noção de culpa presumida e passou-se a reconhecer a possibilidade de responsabilização ainda que ausente o pressuposto da conduta antijurídica. “Em verdade, a culpa,



aplicação da responsabilidade civil e permite que danos antes irreparáveis tornem-se suscetíveis de reparação.<sup>64</sup>

O reconhecimento de tal possibilidade não significa, entretanto, a total eliminação da culpa como fundamento da responsabilização. A aferição desse elemento continua ocupando posição fundamental no momento da identificação do responsável pelo ressarcimento dos prejuízos suportados pela vítima. A idéia de responsabilidade objetiva vem apenas preencher algumas importantes lacunas deixadas por esse modelo, sem a pretensão de negá-lo ou suprimi-lo do ordenamento jurídico.

### 3.4 OS ESCOPOS DO MODELO PECUNIÁRIO DE INDENIZAÇÃO

Embora a teoria em análise assuma como elemento fundamental os interesses da vítima e possua como escopo principal a reparação dos danos por ela sofridos, muitos são os autores que imputam à indenização funções outras, que não a meramente reparatória. Nesse sentido, somam-se à idéia de reparação do *status quo ante* o objetivo de pacificação social e a noção de advertência ou punição ao lesante.<sup>65</sup>

No sentido contrário, relevante corrente doutrinária ataca a visão que confere à indenização a função punitiva. Para Clayton Reis<sup>66</sup>, a noção de pena não se coaduna aos fundamentos e valores que informam a teoria da responsabilidade civil, razão pela qual deve ser limitada à esfera da responsabilidade criminal. Para esses autores, a pretensão de utilizar os valores indenizatórios como forma de penalizar o causador do

---

como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação os danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 662-663.)

<sup>64</sup> “No tecido atual da teoria, biparte-se a idéia de antijuridicidade em subjetiva e objetiva, conforme seja o resultado imputável à consciência do agente, e, portanto, dependente da análise concreta de sua conduta, ou decorrente apenas do fato danoso, como consequência do exercício de atividades perigosas, segundo as concepções prevalentes.” (BITTAR, C. A. Obra citada, p. 24)

<sup>65</sup> BITTAR, C. A. *Idem*, p. 26-27.

<sup>66</sup> Não resta dúvida de que, quando pudermos superar essa idéia dogmática sedimentada na punição do lesionador, será possível compreender que no processo indenizatório o lesionado é quem deve, verdadeiramente, merecer a tutela dos seus interesses. Isto porque, enquanto perdurar o sentido de punição do ofensor, a vítima ficará indene, se atentarmos que não ocorreu a reprivatização do seu patrimônio na forma por ela pretendida. Afinal, para a teoria da responsabilidade civil não é o lesionador que deve ser punido e sim a vítima que deverá ser indenizada.” (REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 12.)

dano representa um retrocesso doutrinário e um desvirtuamento da teoria da responsabilidade civil.<sup>67</sup>

Divergências no que concerne à função desempenhada por este cada vez mais acionado instituto jurídico estão longe de serem desfeitas. Os embates doutrinários nessa área influenciam, ainda, o momento da escolha teórica e prática dos mecanismos mais eficientes para a persecução daqueles fins que cada doutrinador ou magistrado imputa às indenizações.

Diversos foram os meios utilizados, no decorrer da evolução teórica, para tornar concreta a responsabilidade do causador do dano. Atualmente, porém, os mecanismos de responsabilização civil resumem-se, basicamente, ao pagamento de determinado valor pecuniário devido pelo ofensor ao ofendido.<sup>68</sup>

No que tange aos danos de natureza exclusivamente patrimonial, não resta dúvida de que esse modelo de indenização em dinheiro, com o objetivo principal de reparar o mal causado, está muito bem adaptado às situações que se apresentam ao Direito à espera de solução. Vide-se, por exemplo, a incontestável afirmação de que a melhor forma de reparação dos danos é aquela *in natura*, ou seja, aquela que restitui à vítima o próprio bem lesado. Lesões materiais são as únicas que, em determinados casos, admitem esse tipo de recomposição. Porém, ainda que isso não seja possível, não resta dúvida de que os danos ao patrimônio podem ser mais facilmente avaliados em pecúnia, fator que facilita a obtenção de equivalência entre o prejuízo sofrido e o ressarcimento oferecido à vítima.

Quando se trata de lesões extrapatrimoniais, porém, a adequação desse modelo indenizatório aos interesses da vítima e da coletividade transforma-se em tarefa árdua. Estabelecer uma equivalência entre determinada monta pecuniária e certa dor psíquica ou moral trata-se de missão ingrata da qual os magistrados são incumbidos e não se podem esquivar.

---

<sup>67</sup> “Mesmo no caso de um ilícito ser reprimido simultaneamente no cível e no criminal, há diferenciação, pois enquanto este tem em vista a pessoa do agente para impor-lhe sanção, aquele se preocupa com o resultado e cogita da recomposição patrimonial da vítima. Enquanto o direito penal vê no ilícito a razão de *punir o agente*, o direito civil nele enxerga o fundamento da *reparação do dano*.” (PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 655-656.)

<sup>68</sup> “Cuida-se, primordialmente, de fazer incidir sobre o patrimônio do lesante – garantia comum dos credores – a responsabilidade pelos efeitos danosos experimentados pelo lesado, repondo-se as partes no estado anterior.” (BITTAR, C. A. Obra citada, p. 25.)

Tais dificuldades devem ser enfrentadas pelos doutrinadores, a fim de consagrar definitivamente a proteção jurídica à esfera psíquica, axiológica e moral da pessoa humana. Adequar os princípios gerais da teoria da responsabilidade civil às peculiaridades do dano moral é medida indispensável nesse sentido. Para tanto, porém, a discussão teórica deve passar, obrigatoriamente, pela análise da função desempenhada pela indenização quando se trata de lesões dessa natureza.

#### 4. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO MORAL

Classicamente, o Direito Civil preocupou-se sobremaneira com a seara patrimonial dos sujeitos, razão pela qual as construções teóricas a respeito da reparação dos danos dessa natureza encontra-se mais madura e sedimentada do que a elaboração doutrinária e jurisprudencial acerca do dano moral.<sup>69</sup> Paulatinamente, porém, essa visão patrimonialista do sujeito vem sendo superada, à medida que se desenvolve um processo de personalização e espiritualização do Direito.

Como já mencionado anteriormente, ganha força, nesse sentido, a preocupação com o complexo do *ser*, enquanto perde sua posição de destaque o campo do *ter*. Nesse cenário, destaca-se a figura do dano moral e a exigência de respostas jurídicas às vítimas e causadores desse tipo de mal. Aos poucos, essa espécie de lesão vem vencendo preconceitos doutrinários e jurisprudenciais, e, atualmente, o Direito brasileiro confere *status* constitucional à sua reparabilidade.

O reconhecimento definitivo, por parte do ordenamento jurídico positivado, da possibilidade de reparação desse tipo de dano não dirime, porém, as diversas dúvidas e questionamentos que cercam o tema. As lacunas vem sendo preenchidas *a posteriori*, simultaneamente à elaboração de sentenças que fixam indenizações por danos extrapatrimoniais.

Reconhece-se, portanto, a imaturidade da teoria, mas não se pode, a esse pretexto, deixar os sujeitos lesados sem qualquer compensação por suas perdas, a espera do amadurecimento das teses jurídicas. Afinal, a injustiça repugna ao Direito, e nada mais injusto do que, apesar do reconhecimento de um dano indenizável, deixá-lo sem reparação.

Nesse sentido, a responsabilização do ofensor e a determinação do *quantum* indenizatório, bem como de sua função, são problemas ainda muito discutidos e carentes de soluções definitivas. Portanto, indispensável a abordagem teórica desses temas, com vistas a resolver as indagações e oferecer respostas jurídicas mais adequadas às peculiaridades do dano moral.

---

<sup>69</sup> “Já foi afirmado nesse estudo, que a dogmática do dano patrimonial está sobejamente desenvolvida, mas que muitas arestas que ainda vivenciam no *dano moral*, precisam do necessário aparo.” (SANTOS, A. J. Obra citada, p. 113.)

#### 4.1 O DANO MORAL E O IDEAL DE REPARAÇÃO

Quando a ordem jurídica depara-se com um dano injustamente causado, passa a perseguir a maneira mais eficiente de apagar seus efeitos. Para tanto, e a fim de retomar o equilíbrio social perturbado, busca, na medida do possível, restabelecer a situação inicial, recompor o *status quo ante*. Nesse objetivo poderia ser resumido o ideal de reparação.

Reparar, de acordo com definição trazida pelo Dicionário Aurélio, pode significar consertar, restaurar, refazer; recobrar, restabelecer, recuperar; mas o verbo também pode ser utilizado no sentido de melhorar, aperfeiçoar, aprimorar; ou ainda de remediar, corrigir, emendar.<sup>70</sup>

O sentido jurídico de reparação não escapa, fundamentalmente, dessa significação corriqueira em que se emprega o termo. Ao contrário, foi buscar inspiração no sentido vulgar da palavra para adaptar-lhe aos escopos e necessidades do Direito. A ordem jurídica acolheu de tal maneira o conceito de reparar, que os dicionários passaram a incluir definição de cunho eminentemente jurídico dentre os significados do termo, identificando-o com a noção de indenizar, ressarcir ou compensar.

O fim perseguido pela responsabilidade civil, em primeiro plano, coaduna-se com a idéia de restabelecimento, ou seja, o que se intenta é retornar as coisas ao estado anterior à lesão. Por esse motivo é que, verificado o dano, privilegiar-se-á a reposição direta, ou *in natura* do bem perdido – processo a que José de Aguiar Dias se refere como sendo o da “reparação natural”.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 1743.

<sup>71</sup> “De duas formas se processa o ressarcimento do dano: pela reparação natural ou específica e pela indenização pecuniária. O sistema de reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar, mas a indenização em dinheiro se legitima, subsidiariamente, pela consideração de que o dano patrimonial acarreta diminuição do patrimônio e este é um conceito aritmético. A reparação natural, de seu lado, pode ser material e econômica. Quando coincidem, não há dificuldade na restauração do *statu quo* alterado pelo dano. A reparação no caso pode consistir na entrega, seja do próprio objeto (exemplo do criado que permitiu o furto de uma jóia, mas recupera, entregando-a ao dono), seja de objeto da mesma espécie, em troca do deteriorado.” (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p. 724.)

Para o autor, trata-se da melhor maneira de reparar o mal, pois com ela é possível pensar em uma exata relação de equivalência entre o prejuízo sofrido e a reposição devida. Dessa forma, poder-se-ia falar em restauração total do equilíbrio alterado.

Na reparação natural, pode-se exigir do ofensor a entrega do próprio objeto da lesão, quando este mantiver as características que possuía antes de verificada a conduta danosa. Em caso de deterioração do objeto, porém, o agente poderá ser compelido a entregar outro da mesma espécie e qualificação.

Vale esclarecer que, em certos casos, a reparação natural poderá converter-se em vantagem indevida para o ofendido, como na hipótese da destruição de coisa velha em que se exige do ofensor a substituição por coisa nova. Percebe-se, portanto, que mesmo a mais adequada forma de reparação dos danos esbarra em empecilhos de ordem prática, razão pela qual demonstra-se sempre preferível evitar o dano a repará-lo.

O fato de a reparação natural estar cercada por diversas dificuldades de ordem prática fez com que o ordenamento recorresse, com maior frequência, a outra forma de ressarcimento dos danos: a indenização pecuniária. Por esse meio, procura-se estabelecer uma equivalência entre o prejuízo sofrido pela vítima e uma determinada soma em dinheiro, capaz de restaurar o patrimônio do ofendido, extirpando o dano.

No campo do ressarcimento mediante indenização, verificam-se duas opções legislativas diferentes, de acordo com cada ordenamento. Trata-se do pagamento de capital (em que o ofensor entrega ao ofendido determinada monta, capaz de reparar a lesão e extinguir a obrigação instantaneamente) e do pagamento de renda (em que a obrigação se desdobra em prestações periódicas, devidas à vítima por um determinado lapso temporal).<sup>72</sup>

Num ou noutro caso, o julgador deve seguir a orientação doutrinária, ou seja, sempre que ao juiz for dado estabelecer uma indenização pecuniária em decorrência de lesão injustamente causada, deverá ter em mente o ideal reparatório e, conseqüentemente, o princípio da *restitutio in integrum*. Assim, o *quantum* fixado terá o condão de ressarcir plenamente o prejuízo, sem extrapolar os limites do dano. A

---

<sup>72</sup> SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 313.

busca pela equivalência revela-se fundamental no sentido da prevenção ao enriquecimento ilícito, seja da vítima, seja do ofensor.

Quando informada por tais valores, a indenização pecuniária, ainda que se não apresente como a mais adequada aos anseios jurídicos, representa um meio bastante justo de reparação, já que busca aproximar a situação atual da vítima daquela de que esta gozava antes de ser lesionada.

Percebe-se, portanto, que ao Direito interessa a reparação como forma de devolver o prejudicado ao seu estado anterior, como forma de apagar os efeitos do dano e restabelecer o equilíbrio individual e social.

Esse ideal de reparação e os instrumentos adotados pelos ordenamentos jurídicos para atingi-lo parecem perfeitamente conciliáveis com a realidade dos danos patrimoniais. Como já analisado, essa espécie de danos envolve perda ou diminuição nos bens materiais do sujeito, ou seja, naqueles direitos, interesses ou coisas passíveis de apreciação pecuniária.<sup>73</sup>

Sendo assim, bastaria verificar o valor do bem destruído, a depreciação econômica do interesse afetado ou a extensão dos lucros frustrados pelo ofensor para que se chegasse ao equivalente monetário necessário à reparação. Ainda que em alguns casos de dano patrimonial a conversão do prejuízo para valores nominais seja difícil, e envolva altas doses de subjetividade, sempre haverá um parâmetro a ser seguido no arbitramento das indenizações.<sup>74</sup>

Já os bens imateriais, a esfera psíquica dos sujeitos ou os direitos da personalidade não admitem uma avaliação pecuniária, não encontram correspondência nos bens econômicos, razão pela qual não podem ser traduzidos monetariamente. Nesse ponto assiste razão aos negativistas do dano moral, que entendem repugnante a idéia de estabelecer um preço para as dores, sentimentos e afeições do indivíduo, como

---

<sup>73</sup> “Se os danos patrimoniais podem ser reconstituídos de forma precisa, isto porque as perdas e danos envolvem a restituição do patrimônio das vítimas ao *statu quo ante* do prejuízo vivenciado, facilmente apurável em virtude das perdas materiais que podem ser quantificadas, medidas e pesadas. O mesmo não ocorre em relação aos prejuízos que se verificam na esfera da estrutura psicológica das pessoas.” (REIS, C. Obra citada, p. 1.)

<sup>74</sup> “Reparar significa repor o prejudicado ao estado anterior, à forma em que se encontrava antes de sofrer o ato que diminuiu o seu patrimônio. O restabelecimento desse equilíbrio pela indenização, somente é possível diante do dano patrimonial. Se o automóvel de alguém é danificado, certo número de reais será suficiente para deixá-lo como antes do acidente, antes de sofrer as consequências danosas.” (SANTOS, A. J. Obra citada, p. 154.)

se o tão-só recebimento dessa quantia fosse capaz de extirpar o dano e recolocar o prejudicado na situação anterior.

Encontra-se, aqui, o paradoxo. De um lado a necessidade de oferecer proteção ao *ser*, em seus aspectos mais íntimos, e, de outro, a impossibilidade de aplicar aos danos morais o conceito mais corrente de reparação. Cientes dessa dificuldade e dispostos a superá-la, em nome da tutela jurídica do patrimônio ideal dos sujeitos, os doutrinadores sugerem uma nova noção de reparabilidade, que não se limita ao restabelecimento da situação anterior e sabe-se incapaz de apagar os efeitos danosos da conduta antijurídica.<sup>75</sup>

Em outras palavras, trata-se de visão desvinculada do ideal de recomposição do *status quo ante*, por entendê-lo incompatível com a natureza do dano moral. A partir daí, sustenta-se o entendimento de que a vítima da lesão injusta não pode permanecer desamparada, razão pela qual se deve disponibilizar a ela os meios necessários à produção de satisfações pessoais e compensações que, ao contraporem-se às angústias, sejam capazes de oferecer conforto ao lesionado.

A este fim compensatório e satisfativo propõe-se a reparação dos danos extrapatrimoniais, embora alguns autores sustentem entendimento diverso ou apenas discordem da terminologia adotada para se referir às indenizações dessa natureza.<sup>76</sup> No presente trabalho monográfico, porém, adotar-se-á essa terminologia, na esteira do pensamento de influentes teóricos do dano moral e apoiados por um outro sentido vulgar do verbo reparar, qual seja o de melhorar, remediar, emendar. Definição esta que, sem descuidar da noção de equivalência e do princípio da *restitutio in integrum*, mas os incorporando como ideais a serem constantemente perseguidos, parece perfeitamente coerente com os escopos perseguidos pela indenização do dano moral.

---

<sup>75</sup> “Quando se cuida de dano patrimonial, a sanção imposta ao culpado é a responsabilidade pela recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o bem ou o valor indevidamente desfalcado. A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível.” (THEODORO JR., H. Obra citada, p. 2-3.)

<sup>76</sup> “Não nos conformamos com o uso constante da palavra *compensação* como meio de reparação do *dano moral*, quando todos sabemos que tal expressão tem o sentido de encontro de contas, o que não se dá na reparação por *dano moral* e, talvez, também, não no dano material ou corpóreo...” (ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*, p. 71.)



A extensão desse conceito, bem como a forma de aplicá-lo aos casos concretos, serão abordados de maneira mais profunda e detida nos capítulos seguintes. Por enquanto, merece ressalva o entendimento de que a impossibilidade de reposição do patrimônio do ofendido não significa a adoção de um modelo simbólico de indenização do dano moral.

Continua-se a defender, nessa espécie de lesão, a busca pela ampla e efetiva reparação, ainda que, para tanto, não se possa lançar mão dos mesmos meios e instrumentos de aferição dos prejuízos utilizados para a fixação dos danos patrimoniais, conforme observa Ramon Daniel Pizarro: “sem embargo, como se tem afirmado, o esquadro para medir o dano moral é diferente daquele que se utiliza em matéria de danos materiais: é o metro da mente e do espírito que oferece a solução; imperfeita ao fim, como constituem boa parte das soluções que se oferecem ao direito, mas a melhor possível na ordem atual.”<sup>77</sup>

#### 4.2 A EVOLUÇÃO DA TEORIA DA REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS

A origem da teoria do dano moral e as discussões acerca da possibilidade de repará-lo remontam às mais antigas formações sociais de que se tem notícia. Embora haja indícios de que as civilizações mais primitivas já se preocupavam com o tema, verifica-se que, via de regra, a resposta jurídica localizava-se no campo das penas, sem que houvesse uma preocupação reparatória a revestir o instituto.

Curiosamente, porém, pode-se identificar no Código de Hamurabi, segundo destaca Humberto Theodoro Júnior, o embrião da teoria da reparabilidade dos danos morais. O vetusto monumento legislativo previa, além da vingança privada, nos moldes do “olho por olho, dente por dente”, a possibilidade de exigir-se do ofensor uma indenização pecuniária, a título de reparação.<sup>78</sup> Américo Luís Martins da Silva,

---

<sup>77</sup> PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral – prevención, reparación, punición* Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. I., 1996, p. 385. *Apud* REIS, C. Obra citada, p. 60.

<sup>78</sup> THEODORO JR., H. Obra citada, p. 3.

por sua vez, nega essa característica de indenização pecuniária ao Código de Hamurabi, destacando que ela surge na Índia, com o Código de Manu.<sup>79</sup>

Independentemente das divergências doutrinárias, não resta dúvida de que o instituto da indenização do dano moral apresenta origens mais remotas do que se possa imaginar. Ocorre, porém, que a preocupação reparatória, quando presente, sempre foi subsidiária em relação à idéia de punição do ofensor. É o que se observa entre os romanos, quando da vigência da Lei das XII Tábuas, em que prevalecia a lei de talião, informadora do direito de vingança do ofendido.

Nenhum desses estatutos legislativos apresentava, no entanto, uma cláusula geral abrangente de toda e qualquer espécie de dano moral, como ocorre atualmente em grande parte das codificações, inclusive na brasileira. Os antigos só admitiam a reparação dos danos morais em casos específicos, previamente elencados. Nesse sentido, a Lei Aquilia e a legislação de Justiniano representaram um alargamento da teoria da reparabilidade, sem, contudo, terem generalizado o conceito.

Carregando a herança da Antigüidade e eivado pelo caráter patrimonialístico que o singularizava, o Direito Moderno mostrou-se resistente à elaboração de uma teoria acerca da reparabilidade dos danos morais. Diversos foram os doutrinadores que se opuseram a essa idéia, sob os mais variados e questionáveis fundamentos. Ainda hoje, em que pese a consagração dos direitos personalíssimos, juristas há que se opõem ao estabelecimento de indenizações em face de danos à pessoa.<sup>80</sup>

Os negativistas do dano moral podem ser divididos em quatro grupos, conforme sugere Augusto Zenun: o primeiro não admite a reparação dessa espécie de dano em nenhuma hipótese; o segundo só a admite quando o dano moral se verifica na parte social do patrimônio ideal do sujeito, ou seja, quando a lesão se dá sobre a honra, a reputação, a castidade, etc.; um terceiro grupo apenas acolhe a responsabilidade civil

---

<sup>79</sup> “Assim, o aspecto diferenciativo entre o Código de Hamurabi e o Código de Manu era o de que, enquanto no primeiro a vítima ressarcia-se à custa de outra lesão levada a efeito no lesionador, no Código de Manu o era às expensas de um certo valor pecuniário, arbitrado pelo legislador.” (SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 67.)

<sup>80</sup> “O certo é que a divergência está principalmente na reparabilidade desses danos. Assim, para uns a irreparabilidade consistia em que o dano em direito sempre alude a uma diminuição do patrimônio econômico material, enquanto que, para outros, a irreparabilidade desse dano encontra-se na natureza dele mesmo, mormente na sua inconversibilidade em valor econômico, o que redundaria na inexistência de meio de ser feito o ressarcimento da lesão. Daí, dever ser a questão mais de moral do que de direito.” (VALLE, C. A. Obra citada, p. 30.)

por danos morais quando essa estiver anexa à responsabilidade criminal; e finalmente, há um quarto grupo, que só admite a reparação conjunta de dano moral e patrimonial.<sup>81</sup>

Savigny e Ihering, famosos pela polêmica travada acerca da natureza jurídica da posse, também se debruçaram sobre a questão dos danos morais e sua reparabilidade. Os romanistas alemães tomaram posições opostas quanto ao tema. Enquanto o primeiro questionava a própria existência dessa espécie de dano e julgava imoral a compensação da dor através do dinheiro, para o segundo, qualquer interesse legítimo dos sujeitos é merecedor de tutela, razão pela qual a reparação dos danos extrapatrimoniais, com o intuito de mitigar o sofrimento da vítima, não é só possível, mas também necessária.<sup>82</sup>

José de Aguiar Dias aponta e rechaça diversos argumentos de que lançam mão aqueles que, assim como Savigny, não admitem a reparabilidade dos danos morais. Contra a objeção de falta de efeito penoso durável, levantada por Gabba, lembra a lição de Minozzi, segundo a qual a duração da dor pode influenciar apenas na avaliação, nunca na constatação da existência do dano. Dessa forma, se alguma ação causa dano a outrem, o prejuízo deve ser reparado, de maneira equivalente à sua extensão ou durabilidade. O autor afasta, também, os argumentos levantados acerca da incerteza do direito violado e da dificuldade da prova do dano.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> ZENUN, A. Obra citada, p. 39.

<sup>82</sup> SANTOS, A. J. Obra citada, p. 84-85.

<sup>83</sup> “Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais. Minozzi discorre: ‘Considerado o dano moral como injúria, é justo que, antes de admitir o seu ressarcimento, se trate de verificar se há um direito violado juridicamente protegido, e o caso dos danos não patrimoniais... não difere de qualquer outra espécie de dano; considerada, ao contrário, como realidade concreta... a questão do direito violado não tem mais razão de ser...’. Pode ser discutida, portanto, a questão da ressarcibilidade em face da inestimabilidade, não, porém, com base na experiência jurídica do direito violado. Não há distinguir entre injúria material e moral, porque a causa do dano é uma. A consequência, isto é, a repercussão da injúria, é que pode revestir caráter patrimonial ou não patrimonial.

Também é argumento dos que não reconhecem o dano moral o da impossibilidade de estabelecer a sua existência. Sua refutação está em que o dano moral é consequência irrecusável do fato danoso. Este o prova *per se*. Ninguém pode contestar que a morte de um filho é causa de amargura e desespero para o pai. O mesmo se diga da sedução, da difamação, dos crimes contra a honra em geral. Acreditar na presença do dano, nesse caso é tudo quanto há de mais natural. Estranho seria supor que um pai não sinta a morte do filho. Aliás, muitos casos de dano patrimonial indireto são ressarcidos, com base no princípio de que a prova do dano está no próprio fato, como acontece na injúria ou no descrédito comercial.” (DIAS, J. A. Obra citada, p. 738.)

No entanto, parecem merecedoras de maior atenção aquelas objeções que sustentam ser impossível estabelecer uma equivalência entre o dano sofrido e a indenização pecuniária. José de Aguiar Dias reconhece essa dificuldade, mas a rejeita como fundamento para se sustentar a irreparabilidade do dano moral. Ora, a equivalência plena entre o prejuízo e o ressarcimento é, sem dúvida, perseguida pelo ordenamento jurídico, como já foi anteriormente analisado. Tal escopo, no entanto, corresponde, no mais das vezes, a uma idealização do sistema, um princípio orientador que pode não se concretizar.

Mesmo quando se trata de dano patrimonial, revela-se penoso estabelecer uma igualdade entre a indenização e o dano sofrido.<sup>84</sup> Nesses casos, é preciso recorrer a medidas de aproximação e compensação que, ainda que não correspondam ao ideal reparatório perseguido pelo Direito, refletem uma exata noção de justiça e de preocupação com os interesses do lesado:

Para transformar-se em indenização, quando a restituição natural não se possa fazer, é inevitável ocorrência de duas operações de aproximação, uma tendente a relacionar o direito de ressarcimento às consequências diretas do dano, outra destinada a procurar a possibilidade material de uma compensação que se avizinha, tanto quanto possível, do estado anterior à lesão. Nunca existe, pois, perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento. Prova-o, praticamente, o fato de que ninguém, de mentalidade normal, aceitaria sofrer novamente o dano físico, em troca da compensação que lhe tenha sido outorgada, ainda que a indenização haja compreendido o sofrimento moral, apesar de ter considerado satisfatório o ressarcimento porventura recebido. Se assim acontece com o dano patrimonial, não se descobre por que só em relação ao dano moral há de haver essa perfeita equivalência, exatamente para negar o ressarcimento. A condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo.<sup>85</sup>

Finalmente, os negativistas acusam de imoral e repugnante o modelo de ressarcimento que atribui ao patrimônio moral um equivalente pecuniário. Àqueles espíritos preocupados com a realização da justiça, todavia, nada mais repugnante do que a idéia de deixar sem qualquer reparação um dano injustamente causado. As ofensas devem ser amplamente reprovadas e suas vítimas satisfatoriamente

---

<sup>84</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 55.

<sup>85</sup> DIAS, J. A. Obra citada, p. 739.

compensadas, como forma de consagração dos direitos e interesses legítimos de cada indivíduo e a fim de garantir a ordem e a paz social.<sup>86</sup>

Nesse sentido, não se pode limitar a reparação aos danos patrimoniais, pois essa restrição não atende aos anseios do ser humano por uma ordem jurídica que o proteja amplamente. Submeter os danos extrapatrimoniais à irreparabilidade representa verdadeiro menosprezo aos direitos da personalidade, aos sentimentos e afeições dos sujeitos. A tentativa de compensação dos agravos sofridos, por meio de indenização pecuniária, pode não ser a mais adequada ou a mais idônea, mas até hoje não se desenvolveu método mais eficaz para compensá-los. Nesse contexto, não resta dúvida de que os montantes indenizatórios vêm exercendo um papel fundamental no sentido de garantir ao ofendido a realização de determinadas satisfações, que lhe proporcionem compensação pelo prejuízo.

#### 4.3 OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS E LEGISLATIVOS DA REPARABILIDADE

Atualmente, pode-se afirmar, sem dúvida alguma, que a corrente doutrinária favorável à reparabilidade dos danos morais saiu vitoriosa. Poucos são os juristas brasileiros que insistem em negar essa possibilidade. No entanto, essa aparente unanimidade a respeito do tema mascara uma realidade maculada pela herança negativista, repleta de dúvidas e preconceitos acerca da ressarcibilidade desse tipo de prejuízo.

Tal constatação não deve causar surpresa ou espanto, deve, porém, ser encarada como um desafio, um obstáculo a ser superado por meio de argumentos sólidos e consistentes. Ora, há duas ou três décadas tarefa ingrata seria a de encontrar, dentre os julgados dos tribunais pátrios, decisões enfrentando a problemática dos danos extrapatrimoniais<sup>87</sup>; ainda mais penoso seria identificar uma sentença ou

---

<sup>86</sup> “Se é verdade que os textos romanos, a que muitos se apegam, diziam – *libertas est res inestimabilis* – por outro lado força é considerar a amplitude da defesa e proteção à pessoa, concedida pelo Direito Romano, por meio da *inuria*. Quando a lei fala em dano, deve-se entender o de qualquer espécie. O direito foi tutelado e existe para garantir e tutelar a existência física, moral, intelectual, pois, de outro modo, falharia aos seus objetivos.” (LOPES, M. M. S. Obra citada, p. 378.)

<sup>87</sup> Muitos foram os juristas que, em face da inexistência de previsão, no direito positivo brasileiro, acerca da reparabilidade dos danos morais, negaram a possibilidade de serem estabelecidas indenizações em decorrência de lesões dessa espécie. Agostinho Alvim, em obra publicada na década

acórdão responsabilizando o agente pelos danos morais causados a outrem.<sup>88</sup> Dessa forma, percebe-se que a aceitação jurisprudencial da teoria da reparabilidade é bastante recente e fundamenta-se mais nos textos constitucionais e legislativos que a reconhecem do que nas reflexões teóricas a respeito do tema.

Nesse sentido, o disposto no artigo 5º, X da Constituição da República veio calar aqueles magistrados que negavam a possibilidade de reparação dos danos morais em face da ausência de previsão legal acerca do tema. Da mesma forma, o novo Código Civil, em seu artigo 186, complementado pelo artigo 927, corrobora a previsão constitucional e consagra, definitivamente, na codificação do direito privado, a possibilidade de reparação dos danos morais.

Tais dispositivos vieram sanar qualquer dúvida que se pudesse levantar a respeito do fundamento legislativo das indenizações por danos extrapatrimoniais, razão pela qual os juízes mais resistentes viram-se compelidos a conceder esse tipo de ressarcimento, arbitrando valores indenizatórios. Nessa transição, porém, olvidou-se, em muitos casos, do fundamento teórico e teleológico desse tipo de reparação; pouco se refletiu sobre a questão e, por este motivo, muitos magistrados desviaram-se do caminho do prudente arbítrio para o das arbitrariedades. Por essa razão, é mister que se verifique, para além do fundamento legislativo, o fundamento teórico, jurídico-filosófico e axiológico da reparabilidade dos danos imateriais.

Ora, incontestemente a afirmação de que o direito tem como fim último a harmonia e o equilíbrio social.<sup>89</sup> Sendo assim, posiciona-se de maneira a prevenir as condutas

---

de setenta, estava entre aqueles autores, que, a despeito de reconhecerem a existência de danos extrapatrimoniais e a necessidade de repará-los, questionavam a aplicabilidade das indenizações no ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, destaca e justifica o desinteresse dos Tribunais pátrios pelo tema: “O aparelhamento da nossa Justiça, ainda deficiente, e o elevado custo das demandas arredam do Pretório grande número de pessoas. Ora, o pedido de indenização por dano moral, além dessas dificuldades, luta, ainda, com a resistência dos nossos Tribunais nesse setor. Devido, talvez, a êsses embaraços, notamos certo desinteresse em torno do assunto. Quem tomar o índice da *Revista dos Tribunais*, que compreende os vols. 1 a 80, período êsse que abrange os primeiros tempos do Código Civil, encontrará ali nada menos de vinte e três casos, fichados sob a locução *dano moral*. (...) Para muitos, entre os quais nos alistamos, o dano moral não é indenizável, em face do nosso direito. Sobretudo a jurisprudência resiste. Daí o desinteresse.” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 218-219.)

<sup>88</sup> REIS, C. Obra citada, p. 19.

<sup>89</sup> “Seja dom dos deuses, seja criação dos homens, o direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio, a harmonia social. Estivesse o homem sozinho no mundo, como seu primeiro habitante ou seu último sobrevivente e não haveria necessidade de direito, por ausência de possibilidade de

passíveis de comprometer esse objetivo e, na hipótese inevitável de desequilíbrio, prevê os mecanismos mais eficientes no sentido do restabelecimento da ordem.

No âmbito das relações privadas, a ação ou omissão antijurídica de um sujeito podem prejudicar direta e imediatamente outro indivíduo, alterando injustamente o equilíbrio havido entre as partes. Nesse contexto, não corresponde ao ideal de justiça a manutenção da vantagem obtida pelo ofensor às custas da perda suportada pelo ofendido. Se o ordenamento jurídico aceita essa realidade e não se preocupa em reparar o mal sofrido, fomenta a busca por vingança privada, incentiva a desarmonia e o caos social. Ao permanecer inerte diante de um dano, o Estado legitima a conduta do agente e a busca do prejudicado por fazer justiça com as próprias mãos.

Não basta, portanto, que a ordem jurídica estabeleça direitos e deveres individuais; não basta que eleja interesses a serem tutelados, se a essas previsões não garantir efetividade, se não se preocupar em estabelecer consequências às condutas contrárias a elas. Nesse sentido, como já analisado, desenvolvem-se as teorias das responsabilidades civil e penal, preocupadas com a manutenção do equilíbrio em esferas diversas das relações humanas.

No que concerne à responsabilidade civil, voltada à proteção dos direitos e interesses do indivíduo (ainda que mediamente haja um interesse social atingido), consagra-se o princípio do *neminem laedere*, de cuja transgressão decorre o dever de reparar. Percebe-se, aqui, portanto, a preocupação primordial com a vítima e com o restabelecimento, na medida do possível, da situação em que esta se encontrava antes de sofrer o dano. Tal escopo explica a razão pela qual a teoria em análise está informada pelo ideal da *restitutio in integrum*.

Em toda essa construção teórica reside o fundamento da reparabilidade do dano moral. Inicialmente, vale ressaltar que a ordem constitucional brasileira, assim como os estatutos legislativos e órgãos judiciários por ela informados, tutela, de maneira louvável, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, dentre outros valores fundamentais à pessoa e alheios ao campo da patrimonialidade. O reconhecimento da relevância jurídica desses interesses exige, no entanto, uma atuação

---

interpretação e conflitos de interesses, cuja repercussão na ordem social impõe a regulação jurídica, tendente à pacificação ou, pelo menos, à contenção desses conflitos.” (DIAS, J. A. Obra citada, p. 730)

positiva por parte do sistema, frente às condutas antijurídicas que os prejudiquem.<sup>90</sup> Caso contrário, a festejada consagração desses valores não passará de falácia, pois às vítimas de prejuízos de natureza extrapatrimonial reservar-se-á o “direito” de conformarem-se com suas perdas, enquanto ao ofensor restarão garantidas as vantagens injustamente obtidas através do dano causado a outrem.<sup>91</sup>

Aqueles juristas que defendem a irreparabilidade dos danos morais, com base nos argumentos anteriormente rebatidos, legitimam as ofensas e negam à vítima os meios úteis e necessários à superação da dor, ou seja, os instrumentos compensatórios capazes de oferecer-lhe satisfações relevantes, canalizadas no sentido da recuperação da integridade física, psíquica ou afetiva comprometida pelo comportamento lesivo.<sup>92</sup>

Importante ressaltar, nesse ponto, que tão relevante quanto o reconhecimento da necessidade de oferecer-se reparação aos danos morais é a percepção de que nem todo desconforto, de proporções irrelevantes, poderá ser objeto de indenização, sob pena de banalização do instituto e desvirtuamento dos fins por ele perseguidos. É a fim de evitar esse tipo de distorção que a maioria absoluta dos doutrinadores não considera indenizáveis os “pequenos melindres”, ou seja, aqueles padecimentos surgidos de uma

---

<sup>90</sup> “o cidadão do século XX é mais cômico dos seus direitos e, portanto, o reclama com mais frequência quando os outros não atentam para o cumprimento na norma contida na orientação romana consistente no princípio *neminem laedere*. Por outro lado, os sistemas normativos dilataram, de forma substancial, a tutela de todos os direitos legítimos, assegurando ao cidadão, de maneira indistinta, o direito de defesa do seu patrimônio material e imaterial. Ampliada a tutela dos direitos e instrumentalizados os meios para obtê-la, o homem do século atual tornou-se mais exigente na proteção dos seus bens. Por isso resulta natural que a preocupação da doutrina e da jurisprudência seja direcionada no sentido de oferecer soluções que justifiquem a ampliação do processo de indenização dos danos, abrindo espaço para que a reparação dos danos seja a mais completa possível.” (REIS, C. Obra citada, p. 11-12)

<sup>91</sup> Wilson Melo da Silva, em sua obra *O dano moral e sua reparação*, expõe de maneira clara e precisa os fundamentos jurídicos da reparabilidade do dano moral: “A regra jurídica do *neminem laedere* é ampla. E para utilizarmos-nos do mesmo linguajar de IHERING, devemos e podemos esperar que se nos respeite não apenas naquilo que *temos*, mas, também, naquilo que *somos*. E se é fácil a salvaguarda ou a reparação daquilo que *temos*, na hipótese de um dano, impossível não é, embora difícil, a restauração de todos aqueles bens integrantes de nosso patrimônio ideal, ou de tudo aquilo que *somos*.” (SILVA, W. M. Obra citada, p. 425.)

<sup>92</sup> “Não se trata – é óbvio –, como já demonstrado à saciedade, de *pagar-a dor*, que não tem preço, logicamente – e a ninguém é lícito ignorá-lo –, mas também inegável é que a *dor* traz uma gama de seqüelas, que produzem as mais diversificadas conseqüências. (...) Por tudo isso é que os recalcitrantes se levantam e dizem que a dor não tem preço, mas isso não retira do sofredor os sentimentos, os sofrimentos oriundos da inafastável *dor*, donde o lamentável equívoco em que eles se atiram. A dor, pode-se dizer, é um antecedente, do qual são conseqüentes os sofrimentos, os sentimentos que hão de ser e precisam ser arredados ou, no mínimo, minorados, pelo que se reparam tais conseqüências, tais seqüelas.” (ZENUN, A. Obra citada, p. 122-123.)



excessiva sensibilidade por parte da vítima, decorrentes de condutas que não representariam qualquer ofensa à esfera moral do homem médio.<sup>93</sup>

Realizadas tais considerações acerca dos fundamentos teóricos e legislativos que definem a indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais, resta analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica dessas indenizações. Afinal, como se poderá observar nos capítulos seguintes, muitas divergências surgem entre os juristas quando o assunto é a função desempenhada pelo *quantum* indenizatório e, conseqüentemente, a natureza jurídica desse valor.

No entanto, uma uniformização de entendimento revela-se necessária e urgente, para que se possa fixar com maior clareza e segurança os critérios adotados para fixação do montante pecuniário. Dessa forma, será possível conferir maior transparência aos processos de reparação do dano moral, adaptando-se as indenizações aos principais escopos da teoria da responsabilidade civil e aos verdadeiros anseios dos cidadãos.

---

<sup>93</sup> No momento da verificação da reparabilidade do dano, deve o magistrado valer-se de um juízo de razoabilidade, a fim de detectar quais os comportamentos lesivos capazes de gerar efetivo prejuízo moral à vítima. Dessa forma, evita-se a vulgarização do instituto e garante-se a credibilidade de que este necessita. “Viver em sociedade e sob o impacto constante de direitos e deveres, tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca, sem dúvida, freqüentes e inevitáveis conflitos e aborrecimentos, com evidentes reflexos psicológicos, que, em muitos casos, chegam mesmo a provocar abalos e danos de monta. (...) Para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que “pequenos melindres”, insuficientes para ofender os bens jurídicos, não devam ser motivo de processo judicial. *De minimis non curat praetor*, já ressaltavam as fontes romanas.” (grifos no original) (THEODORO JR, H. Obra citada, p. 6-8.)

## 5 A NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO

A diversidade de critérios adotados pelos tribunais pátrios, no momento da fixação do *quantum* indenizatório, é realidade incontestável e, sem dúvida, prejudicial à estabilidade e segurança do tratamento jurisprudencial dos danos morais no direito brasileiro.<sup>94</sup>

Essa situação não deve ser encarada com naturalidade, pois tamanha insegurança não é nem minimamente desejável pelo ordenamento ou pelos cidadãos que ingressam no Poder Judiciário com pretensões indenizatórias dessa natureza. No entanto, não nos parece que a solução do problema resida, como defendem alguns doutrinadores, na adoção de um tarifamento dos valores devidos pelo responsável. Referida tese, além de simplista – por ignorar as peculiaridades e suscetibilidades pessoais das vítimas – demonstra-se incompatível com os comandos legislativos e constitucionais hoje vigentes:

Se há autores que defendem a idéia do tabelamento dos danos morais , com o objetivo de colocar termo às divergências existentes nos tribunais, entendemos que o tarifamento dos danos extrapatrimoniais subtrairia do magistrado a sua independência na valoração do *quantum* indenizatório, não atendendo aos preceitos normativos atualmente existentes no Direito Brasileiro e comparado.<sup>95</sup>

São os critérios de arbitramento, e não as somas pecuniárias, que devem ser objeto de uniformização. A exclusão absoluta do arbítrio judicial<sup>96</sup> no momento da fixação das indenizações representaria um retrocesso no que se refere ao tratamento isonômico dos casos. Os que argumentam favoravelmente ao tarifamento, como meio de garantir a igualdade e a estabilidade do sistema, encontram-se presos ao ideal

---

<sup>94</sup> “A diversidade de critérios apontada é um demonstrativo da instabilidade jurídica existente em relação ao assunto, que confere insegurança àqueles que pleiteiam reparação por danos morais no Brasil. Essa preocupação vem sendo demonstrada de forma particular pela doutrina nacional, e alienígena , em virtude das mencionadas dificuldades, advindas da fixação dos valores indenizatórios que sejam compatíveis com a ofensa levada a efeito pelo agente agressor.”(REIS, C. Obra citada, p. 121.)

<sup>95</sup> REIS, C. Idem, p. 119-120.

<sup>96</sup> “É preponderante, na reparação dos danos morais, o papel do juiz. A êle, a seu prudente arbítrio, compete medir as circunstâncias, ponderar os elementos probatórios, “inclinarse sobre as almas e perscrutar as coincidências” em busca da verdade, separando sempre o joio do trigo, o lícito do ilícito, o moral do imoral, as aspirações justas das *miragens do lucro*, preferidas por DERNBURG. E após tudo, decidindo com prudência, deverá, depois, determinar, em favor do ofendido, se fôr o caso, uma moderada indenização pelos danos morais.” (SILVA, W. M. Obra citada, p. 485-486.)

liberal de isonomia e ignoram a concepção atual de igualdade, marcada por um caráter positivo, em que se recomenda tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Dessa forma, nada mais justo e prudente do que a busca por uma homogeneização dos critérios de arbitramento, mister que apenas será alcançado a partir de uma reflexão profunda e decisiva acerca da natureza jurídica da indenização. Tendo em vista que, nesse tema, a divergência teórica ainda é muito evidente, deve-se desenvolver uma análise de cada um dos posicionamentos doutrinários, a fim de definir qual deles apresenta a fundamentação jurídica mais sólida e qual o mais adequado aos princípios informadores do ordenamento e aos anseios sociais e individuais em relação ao instituto em análise.

## 5.1 A NATUREZA PENALÍSTICA

A partir de uma análise detida das construções teóricas e posicionamentos jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil, pode-se concluir, inegavelmente, pela constante adoção de um caráter punitivo às indenizações. Especialmente no campo dos danos extrapatrimoniais, em função dos inúmeros questionamentos levantados a respeito de sua reparabilidade, encontram-se teses em defesa da natureza penalística do *quantum* indenizatório.

A compreensão dessa postura doutrinária e jurisprudencial deve passar, obrigatoriamente, por um estudo histórico das reações humanas às agressões e ofensas perpetradas por terceiros. Nesse sentido, ensina Clayton Reis que “a história da civilização está associada à história de conflitos vingativos.”<sup>97</sup> Dessa forma, observa-se que, entre os homens primitivos, vigorava um forte instinto de defesa própria, constantemente manifestado na busca por vingança mediante utilização da força física.

Esse tipo de comportamento, como inquestionável fator de desagregação e de ameaça à ordem, passou a ser reprimido no âmbito das sociedades civilizadas, em que as consequências dos atos lesivos passaram a ser legalmente estabelecidas. Nessa passagem, porém, a lei não conseguiu desvincular-se da função punitiva e vingativa exercida pela resposta aos atos antijurídicos. O homem, ainda que socializado, mantém

---

<sup>97</sup> REIS, C. Obra citada, p. 128.

aquele instinto primitivo; e as primeiras regras institucionalizadas preocupam-se primordialmente em satisfazer o sentimento de vingança existente no íntimo do ofendido. O meio eleito para tal mister consistia, via de regra, em submeter o ofensor a prejuízo semelhante ou idêntico àquele causado à vítima.<sup>98</sup>

Nesse momento, manteve-se a exacerbada repreensão das lesões, mediante a aplicação recorrente de penas corporais ao responsável. Nessa prática, de acordo com Clayton Reis, identifica-se a idéia de “vingança institucionalizada”. Em tal contexto histórico-jurídico, confundiam-se os ilícitos civis e penais, bem como estavam muito próximas as ações que visavam condenar aqueles agentes que os praticavam. Trata-se de um período em que a vingança primitiva reveste-se do caráter de pena privada, a qual visava à figura do réu e ignorava a necessidade de reparação dos danos.

Esse ideal repressivo e punitivo imputado ao instituto da responsabilidade civil reinou soberano nos ordenamentos jurídicos durante séculos, tendo marcado fortemente o pensamento do homem civilizado.<sup>99</sup> Por essa razão, ainda que muito se tenha evoluído na seara da responsabilização e que ao menos as penalidades corporais tenham sido abandonadas, sobre o pensamento dos juristas ainda exercem muita influência as idéias de pena, de repressão e de vingança, constantemente associadas à fixação dos valores indenizatórios.

Uma vez estabelecido o modelo pecuniário de indenização dos danos materiais e morais, muitos doutrinadores e magistrados optaram pela manutenção do caráter penalístico, ainda que paralelamente ao ideal reparatório. A grande maioria dos escritos e julgados nacionais adota essa postura dual quanto à natureza das indenizações, mas pouca reflexão sobre a adequação dessa dualidade tem sido levada a cabo entre os operadores do direito, especialmente no que tange aos prejuízos extrapatrimoniais.

---

<sup>98</sup> Portanto, a partir da vingança irrestrita existente nas sociedades primitivas, as leis posteriores institucionalizaram uma forma de vingança autorizada, partindo do pressuposto do “olho por olho, dente por dente”. Em verdade, esse era um procedimento usual, constituído por fatores de ordem histórica que se encontravam presentes nesse estágio evolutivo da civilização. (REIS, C. *Idem*, *ibidem*.)

<sup>99</sup> “Vingança e justiça se confundiam, deixando marcas tão fundas na ordem social que até hoje não desapareceu da consciência do homem civilizado a noção que corresponde a essa associação, embora notáveis os esforços dos juristas para dissipá-la.” (DIAS, J. A. *Obra citada*, p. 732.)

O que se verifica, atualmente, é que a relação entre o *quantum* indenizatório e a punição do ofensor foi quase plenamente suprimida do plano dos danos patrimoniais. Como já mencionado, a apreciação econômica dos prejuízos dessa natureza costuma ser mais simples, o que permite uma aproximação, via de regra, bastante satisfatória entre a extensão de seus efeitos sobre o patrimônio do ofendido e o valor necessário e suficiente para a reparação desses efeitos danosos. No que concerne às lesões extrapatrimoniais, a mesma equivalência não é tão facilmente encontrada e a natureza dos bens e interesses afetados enseja inúmeros questionamentos acerca da possibilidade de reparação desses danos.

Certamente foram essas características peculiares do dano moral que não permitiram, no campo da indenização dele decorrente, a superação total do caráter punitivo, contrariamente ao que se verificou em outras searas da responsabilidade civil.

Cumprе salientar que esse ideal sancionatório<sup>100</sup> encontra defensores entre os mais importantes juristas nacionais e estrangeiros, razão pela qual merece ser analisado atentamente, a fim de que se possa adotá-lo ou refutá-lo de forma consciente e bem fundamentada. É esse o posicionamento esposado por DEMOGUE, para citar a notável contribuição agregada à teoria pelos franceses:

Com efeito, é bastante chocante que, particularmente, nenhuma sanção existe. Ao afirmar que nenhuma sanção há por parte do Direito, pode-se assegurar, da mesma forma, que a sanção é da essência do Direito. Há que atentar, necessariamente. E é necessário uma combinação de indenização suficiente para não retornar, não recomeçar. Assim ela tem um caráter penal, que não deve atormentar, porque há diversas matérias de Direito que não conseguem ter uma sanção completa.<sup>101</sup>

Conforme assevera Wilson Melo da Silva, na doutrina francesa, SAVATIER<sup>102</sup> E RIPERT<sup>103</sup> compartilham da visão de DEMOGUE<sup>104</sup>. Os três autores defendiam a divisão dos casos de lesões extrapatrimoniais, pois dentre eles encontrar-

<sup>100</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*, p. 86.

<sup>101</sup> DEMOGUE. *Traité des Obligations en Général*, vol. IV, ns. 403 e segs. *Apud* ZENUN, A. Obra citada, p. 24.

<sup>102</sup> SAVATIER. *Responsabilité Civile*. *Apud* SILVA, W. M. Obra citada, p. 432-433.

<sup>103</sup> RIPERT, G. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. 3ª ed., 1935, nº 181, pp. 368-369. *Apud* SILVA, W. M. Idem, p. 433.

<sup>104</sup> DEMOGUE. *Traité des Obligations en Général*. Paris, 1924, vol. IV, ns. 403 e segs. *Apud* SILVA, W. M. Idem, *ibidem*.

se-iam situações passíveis de serem reparadas – através do oferecimento de uma satisfação compensatória ao ofendido – e outras que não admitem reparação, hipóteses em que a verba indenizatória assume a configuração exclusiva de pena privada.

De acordo com esse entendimento, poder-se-ia falar em satisfação ou compensação do lesado em danos morais decorrentes de pura dor física, por exemplo, mas, para os doutrinadores franceses, pareceria repugnante a perseguição desses fins em casos como o de adultério, morte de ente querido e tantos outros, em que o prejuízo verifica-se sobre os sentimentos da vítima. Com base nesses argumentos, defendem a teoria de que os valores devidos pelo indivíduo, em face dos danos morais pelos quais é responsável, devem, quando possível, revestir-se da natureza dúplice de compensação-pena. Na hipótese, porém, de essa dualidade não ser possível, em razão do tipo de interesse prejudicado, o *quantum* desempenha função estritamente sancionatória, assumindo a natureza de pena privada.

Existem, ainda, teóricos mais radicais, que afirmam ser a noção de pena privada o único fundamento da “reparabilidade” dos danos morais. Para esses, de maneira alguma se poderia atribuir natureza compensatória ou satisfativa à indenização dos danos morais, pois tal idéia, além de inviável, demonstra-se contrária aos princípios éticos e morais que devem informar o Direito. Nessa corrente, incluem-se nomes como os de CHIRONI e STARCK. Wilson Melo da Silva destaca o pensamento deste último, para quem o conceito de pena privada seria inafastável da teoria da responsabilidade civil. Nesse campo, a penalização do ofensor poderia satisfazer o sentimento de vingança que toma conta da vítima do dano. Para o autor, o ordenamento jurídico não se poderia afastar desse mister, sob pena de divorciar-se totalmente dos objetivos naturalmente perseguidos pela alma humana.<sup>105</sup>

Nesse sentido, Augusto F. M. Ferraz de Arruda, em obra sucinta e bastante objetiva – desenvolvida a partir de reflexões oriundas de palestras proferidas pelo então juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – defende o caráter exclusivo de pena civil, aplicável ao responsável pelo dano moral. Para sustentar sua tese, o autor inicia por atacar a idéia de reparabilidade do dano extrapatrimonial, alegando ser

---

<sup>105</sup> STARCK, B. *Le Droit Privé Français au Milieu du Xxème. Siècle*. Paris, 1950, 2º vol. p. 249. *Apud* SILVA, W. M. *Idem*, p. 434.

impossível o ressarcimento de uma lesão que se não traduz em qualquer prejuízo econômico.

Questiona, então, diante da constitucionalização do dano moral, qual seria a natureza daquele valor pecuniário devido pelo ofensor, e conclui pelo caráter penalístico da referida verba. Dessa forma, poder-se-ia levantar, contrariamente à teoria da reparabilidade dessa espécie de dano, a questão da sua incompatibilidade com a teoria da responsabilidade civil e o escopo de retorno ao *status quo ante*. O autor ataca, até mesmo, o posicionamento daqueles que, embora defendam a penalização do agressor, acreditam ser possível oferecer, paralelamente a esta, um consolo ou compensação à vítima através do dinheiro. Conferir essa vocação à pena privada equivaleria a aceitar uma “indenização” injusta, que ilicitamente enriquece aquele que nenhum prejuízo econômico suportou.

Nessa esteira, segundo ele, a reparação dos danos morais estaria fundamentada em argumentos extrajurídicos<sup>106</sup>, os quais não resistiriam aos primeiros questionamentos. Para o autor, seria ao menos ingênua a idéia de que o dinheiro seria capaz de recompor a integridade psíquica, compensar as perdas que atingem o patrimônio moral dos sujeitos ou minorar seus efeitos.<sup>107</sup>

Refutada a ressarcibilidade das lesões extrapatrimoniais, a opção mais razoável seria aquela que confere à “indenização” o caráter de pena civil. Ressalvado, porém, de acordo com a visão defendida pelo jurista, que esta não se confundiria com o conceito de pena criminal, apesar de apresentar pontos em comum com a responsabilidade advinda das práticas criminosas. As penas, privadas ou públicas,

---

<sup>106</sup> “Não encontramos, dentro da teoria do Direito Obrigacional, nenhum parâmetro ou, pelo menos, uma interpretação analógica no sentido de que alguém seja obrigado, se não puder, por impossibilidade jurídica ou fática, para satisfazer o devido, dar importância em dinheiro como lenitivo. Quanto à compensação, há, é claro, no Direito Obrigacional, a compensação de crédito e débito. Esta compensação, contudo, deve obedecer aos pressupostos legais exigidos, inaplicáveis, como é óbvio, à hipótese de *dano moral puro*. Por conseguinte, dizer que o pagamento devido pelo *dano moral puro* é um lenitivo ou compensação para a vítima ou ofendido é empregar tais vocábulos nos seus respectivos significados léxicos sem qualquer preocupação técnico-jurídica, o que representa, em termos jurídicos civis, o mesmo que nada.” (ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*, p. 43.)

<sup>107</sup> “Basta ter um pouco de vivência para saber que os sentimentos psíquicos de desprazer (infelicidade interna) não se resolvem com coisas materiais, ou seja, com dinheiro. Fosse assim, os psicanalistas estariam todos desempregados, considerando (fato notório e sabido) que, infelizmente, somente as pessoas com uma situação econômica razoável podem arcar com o custo de um tratamento psicanalítico.” (ARRUDA, A. F. M. F. Idem, *ibidem*.)

visam à imputação de castigo ao responsável, além de possuírem uma finalidade educativa, regeneradora do delinqüente. No âmbito dos interesses privados, como os envolvidos nos casos de dano moral, não há ofensa direta à ordem pública, circunstância que justificaria a reversão da pena pecuniária em favor do particular ofendido.<sup>108</sup>

Nos parece que construção doutrinária desse porte deve ser analisada com muita cautela. A adoção desse tipo de entendimento pode parecer sedutora, num primeiro momento; mas um olhar mais atento sobre a teoria revelará, de imediato, suas contradições. Ora, inicialmente renuncia-se à reparação por entendê-la fator de enriquecimento ilícito da vítima; num segundo momento, porém, admite-se a reversão da pena pecuniária em favor do lesado.

Além de contraditória, a visão revela-se retrógrada e simplista, pois opta por um instituto tão primitivo como o da pena privada – instrumento de perseguição de vingança por parte da vítima e de imposição de castigo ao ofensor – para fugir da necessária e justa, ainda que complexa, reparação dos danos morais puros.

## 5.2 A NATUREZA MISTA DAS INDENIZAÇÕES

Tais críticas, no entanto, devem ser, momentaneamente, deixadas em suspenso. Antes de voltarem-se as atenções para elas, é necessário que se aborde o posicionamento de uma corrente eclética, para a qual as indenizações nessa seara da responsabilidade civil têm o duplo condão de satisfazer a vítima e punir o agressor.<sup>109</sup> Trata-se, esta sim, de visão corroborada pela maior parte dos doutrinadores e seguida, via de regra, pelos magistrados.

Para os adeptos dessa teoria, as naturezas penalística e reparatória do *quantum* indenizatório convivem em perfeita harmonia, apresentando-se como elementos

---

<sup>108</sup> “Por conseguinte, o motivo que leva o ofendido a pleitear a punição civil do agente causador do *dano moral puro* funda-se em razões íntimas, que podem ir da satisfação do desejo de desagravo público, da realização de justiça, de castigo mesmo, de vingança, humilhação do agente causador, até o de exclusivo interesse de proveito material, enfim, enriquecimento. A finalidade da pena civil por *dano moral puro*, portanto, só a própria vítima sabe qual é, posto que, recebido por ela o valor pecuniário da pena, poderá empregá-lo no que lhe aprouver.” (ARRUDA, A. F. M. F. Idem, p. 46.)

<sup>109</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*, p. 19.



complementares e indispensáveis à realização da justiça.<sup>110</sup> Não se questiona, aqui, a reparabilidade do dano moral; pelo contrário, reconhece-se a necessidade de oferecer à vítima desse tipo de mal uma compensação, lenitivo, ou sucedâneo. Mas, ao lado do ideal reparatório, agregam à indenização o dever de impor ao ofensor um castigo<sup>111</sup>, capaz de desestimulá-lo a incorrer, novamente, no mesmo comportamento lesivo.

Dentre os defensores dessa teoria, no Brasil, pode-se destacar o nome de Caio Mário, cujo posicionamento inspirou inúmeros autores a saírem em defesa do duplo caráter da verba indenizatória.

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter compensatório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.<sup>112</sup>

Carlos Alberto Bittar está entre aqueles autores que consideram louvável a atribuição de natureza punitiva às indenizações provenientes de danos morais. Destaca, em defesa de sua tese, as experiências inglesa e norte-americana, que, ao assumirem a figura dos *punitive* ou *exemplary damages*, passaram a arbitrar ressarcimentos pecuniários milionários em função da prática de condutas lesivas à honra e à esfera psíquica e moral das pessoas. Nesse sentido, acredita que os valores devem ser fixados em consonância com as capacidades financeiras do ofensor, a fim de que desempenhem, eficazmente, o papel de instrumentos de inibição.<sup>113</sup>

Argumentando em favor dessa idéia, afirma que, em um cenário sócio-econômico como o que atualmente se verifica, a adoção de medidas duras no sentido

---

<sup>110</sup> “relativamente ao tema da quantificação do dano moral, não se pode deixar de ao menos, segundo a concepção adotada neste trabalho, situar o caráter punitivo dentro do segundo plano de investigação sucessiva, como uma espécie de sobrecritério, a ser aplicado conjuntamente com os critérios de reparação do dano moral atinentes ao ofensor, especialmente *grau de culpa e posição econômica* do mesmo. Em nosso entendimento, portanto, não pode existir per si, autonomamente, mas conjugado com esses dois critérios básicos, visando a lhes garantir eficácia. Pois, não se admite que, a pretexto de punição, se imponha obrigação de indenizar, se não há efeito danoso a ser reparado. Justifica-se o aspecto de punição se, e somente se, houver os pressupostos da responsabilidade civil: dano, nexo causal e, indispensável para este fim, culpa. Outrossim, relacionam-se *punição* ao infrator e *compensação* ao ofendido, via de regra, como duas faces de uma mesma moeda, a integrar a natureza da reparação por dano moral.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*, p.152.)

<sup>111</sup> ANDRADE, R. A. Obra citada, p. 28-31.

<sup>112</sup> PEREIRA, C. M. S. *Responsabilidade Civil*, p. 55.

<sup>113</sup> BITTAR, C. A. Obra citada, p. 232 -239.

da repressão de comportamentos antijurídicos e danosos ao patrimônio moral dos sujeitos representa um avanço teórico no campo da responsabilidade civil. Para ele, a punição efetiva do causador do mal significa a reafirmação dos valores mais caros ao indivíduo e à sociedade, razão pela qual a indenização por danos extrapatrimoniais não pode ser reduzida a valores meramente simbólicos.<sup>114</sup>

Dessa forma, ao lado da devida reparação do mal sofrido pela vítima, através do oferecimento de uma compensação pecuniária a esta, localiza-se a função punitiva e inibidora da responsabilização pelos danos morais causados. Essa seria, portanto, a única forma de garantir a efetividade da teoria e a definitiva consagração dos valores que, por meio dela, pretende-se tutelar.

Yussef Said Cahali também prefere não se vincular a nenhuma das correntes extremas no que se refere à natureza das indenizações. Para o jurista, não se pode descartar a função punitiva dos valores arbitrados, da mesma forma que deles não se pode afastar o escopo satisfativo. Ressalta, porém, que o direito moderno afastou do âmbito privado o conceito estrito e rigoroso de pena, substituindo-o pela idéia de *sanção legal*, que, segundo o autor, não mais mantém as mesmas características do aparato penal, mas mantém um caráter aflitivo, aplicável ao ofensor.<sup>115</sup>

Advogando em favor da mesma causa, Sérgio Severo destaca que, contemporaneamente, tem-se observado um movimento jurídico contrário àquele que, há alguns séculos, distanciou definitivamente as searas das responsabilidades civil e penal. A tendência atual aconselharia, segundo o autor, uma mitigação da pureza de ambas as teorias, permitindo que a primeira adotasse objetivos típicos da segunda e vice-versa. Nesse sentido, cada dia mais se verificariam incursões dos juízos penais

---

<sup>114</sup> “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.” (BITTAR, C. A. Idem, p. 233)

<sup>115</sup> CAHALI, Yussef Sahid. *Dano Moral*.

sobre o escopo reparatório e dos juízos cíveis sobre a finalidade repressiva e preventiva do direito.

O autor não defende, porém, uma desnaturação absoluta do instituto da responsabilidade civil, já que, conforme ressalva, o ideal indenizatório continua sendo a diretriz fundamental do direito privado, no qual a prevenção apresenta-se como função secundária.<sup>116</sup>

Américo Luís Martins da Silva afirma que toda a compensação devida em virtude de danos extrapatrimoniais desempenha, também, uma função expiatória em relação ao agente. Nesse sentido, reveste-se da natureza de pena, estabelecendo determinada punição ao ofensor. Indo adiante, o autor sustenta que a idéia de penalidade não atingiria apenas o causador do dano, mas a sociedade como um todo, desempenhando importante função pedagógica, com vistas ao desenvolvimento das relações humanas.<sup>117</sup>

Percebe-se, por todo o exposto, que grande parte dos doutrinadores nacionais optou pela natureza penalística do *quantum* indenizatório proveniente de danos morais. Nesse grupo, diferem-se aqueles que vêm na punição do agressor a única finalidade dos valores arbitrados e aqueles que, por outro lado, posicionam o caráter punitivo ao lado da função compensatória e reparadora do mal.<sup>118</sup> Tanto uns quanto os outros, porém, ao admitirem a natureza expiatória da indenização, enquadram-na no conceito de pena privada e aconselham o magistrado, como forma de garantir o cumprimento desse ideal de desestímulo e repressão, a arbitrar os valores de acordo com as possibilidades econômicas, o grau de culpa e a personalidade do agente. Acreditam que a função punitiva só será efetivada se a quantia devida pelo ofensor for

---

<sup>116</sup> “Assim, enquanto a responsabilidade civil visa recompor a situação anterior ao dano, a responsabilidade penal visa prevenir o seu advento. Há, desta forma, uma coação cível, de cunho patrimonial, e uma coação penal, de caráter pessoal. Esta distinção entre dois planos de responsabilidade fortificou-se sobremaneira nos sistemas das famílias romano-germânica, gerando o dogma de que ao direito civil não cabe a função punitiva. No entanto, na busca da prevenção do ilícito e da maior efetividade da reparação, atualmente a doutrina vem constatando uma aproximação dos planos cível e penal, seja aceitando a reparação cível pelo juízo penal, como também admitindo a função punitiva da reparação.” (SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 187.)

<sup>117</sup> SILVA, A. L. M. Obra citada, p. 62.

<sup>118</sup> DINIZ, M. H. Obra citada, p. 99.

razoavelmente significativa, se comparada aos recursos econômicos de que este dispõe.<sup>119</sup>

Nesse sentido, resume Fabrício Zamproga Matielo:

Enfim, a reparação, conforme tanto ressaltado neste trabalho, está fulcrada na observância do binômio capacidade econômica (do lesante) X necessidade de meios (alcançáveis ao lesado). Ao mesmo tempo, não deve, a demanda reparatoria, ser fonte de enriquecimento indevido, nem minguada ao ponto de nada representar. Importa lembrar, ainda, que a reparação dos danos morais deve atender ao duplice objetivo para os quais foi idealizada, ou seja, compensação ao atingido e punição ao agente da lesão.<sup>120</sup>

A análise dos julgados nacionais mais recentes não deixa qualquer dúvida a respeito da escolha jurisprudencial por essa corrente doutrinária que defende a natureza eclética do ressarcimento. A maior parte das decisões acerca da responsabilidade civil por danos morais destaca a necessidade de conjugarem-se, no montante pecuniário estabelecido a título de indenização, os ideais de satisfação do ofendido e punição – traduzida em objetivos de repressão e prevenção – do ofensor.

A partir dessas reflexões, começa a esclarecer-se a importância da opção pela natureza jurídica da indenização no que concerne à concretização das pretensões do lesado. Ora, como visto, a fixação dos valores pelo magistrado dependerá diretamente da escolha deste pela natureza penalística, reparatoria ou mista da indenização. Isso porque cada uma das interpretações ensejará a adoção de critérios diferentes de arbitramento, cada um dos quais voltado com mais ou menos intensidade às circunstâncias pessoais do lesado e do lesante, à extensão do dano sofrido, à capacidade econômica das partes, etc.

Analizadas, até então, as construções doutrinárias acerca do caráter exclusivo de pena privada, bem como aquelas que defendem a natureza duplice da indenização por danos morais, resta, agora, o estudo da obra daqueles teóricos que, ainda que em menor número, defendem a função exclusivamente reparatoria do referido instituto jurídico. O estudo desse último posicionamento, que será levado a cabo no próximo tópico deste trabalho, permitirá que se desenvolva um espírito crítico mais apurado

---

<sup>119</sup> VALLER, W. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*, p. 257.

<sup>120</sup> MATIELO, F. Z. Obra citada, p. 186.

sobre o tema, tornando possível uma opção mais madura e consciente dentre as diversas teorias apresentadas.

### 5.3 A NATUREZA REPARATÓRIA

Muitas discussões já foram travadas acerca da natureza reparatória das indenizações. Como já assinalado, num primeiro momento inúmeras vezes levantaram-se em defesa da irreparabilidade e do conteúdo contrário à moral que se encontraria na idéia de estipular um preço para a dor. Felizmente, porém, conforme a teoria da responsabilidade civil por danos morais evoluiu, grande parte dos questionamentos restou satisfatoriamente superada e as dificuldades que envolvem o tema deixaram de ser encaradas como empecilhos à reparação.

Ainda que continuem existindo juristas que se posicionam favoravelmente à natureza exclusivamente penalística da indenização, estes representam uma parcela ínfima da doutrina e da jurisprudência. Verifica-se, atualmente, que a maior parte dos autores, ainda que não tenha superado definitivamente o dogma da punição, acredita na possibilidade de oferecer-se uma reparação aos danos extrapatrimoniais.

Permanecem, porém, importantes divergências quanto ao fundamento e o sentido da verba indenizatória. Para alguns, trata-se de mero lenitivo, um simples consolo ao lesado, já que os efeitos do dano, uma vez produzidos, não poderiam ser apagados. Há, ainda, o grupo dos que encaram o ressarcimento sob o cunho estritamente compensatório, no sentido de oferecer à vítima uma satisfação capaz de contrapor-se ao sofrimento, um prazer que, na medida do possível, mitigue a sua dor. Finalmente, existem aqueles que, buscando uma aproximação entre os fundamentos e princípios da reparação civil por danos materiais, acreditam ser possível e necessário estabelecer uma indenização relativamente equivalente aos danos morais sofridos, pois apenas assim estabelecer-se-ia um justo ressarcimento, capaz de satisfazer plenamente o ofendido e restabelecer o equilíbrio social abalado.

Augusto Zenun, posicionando-se a respeito do caráter reparatório do dano moral, cita a lição de Cunha Gonçalves, segundo a qual “não se paga a dor e não se indenizam os sentimentos e os sofrimentos”. Dessa forma, a pecúnia desenvolveria o

papel de um *sucedâneo*, de um instrumento para distração do lesado, de um meio para a sua recuperação. Augusto Zenun corrobora a teorização de Cunha Gonçalves, substituindo, porém, a terminologia adotada por este último e adotando o vocábulo *derivativo* para melhor expressar o sentido do dinheiro no terreno da reparação dos danos morais. Para o autor, a missão do juiz consiste em arbitrar um valor capaz de oferecer distração, prazer, e, conseqüentemente, incremento das condições psicológicas da vítima. Para tal mister, indispensável seria a atuação de peritos, capazes de dizer que espécie de derivativo cumpriria melhor essa função frente as peculiaridades de cada uma das vítimas.

Nesse sentido, cada ser humano será sempre diverso em relação aos demais. É possível, portanto, que o que cause sofrimento a um não gere qualquer abalo na esfera moral de outro, da mesma forma que um meio apto a satisfazer um indivíduo possa não surtir o mesmo efeito sobre um terceiro. A fim de constatar essas desigualdades é que o doutrinador sugere a atuação pericial nos processos que visam estabelecer indenizações por ofensas à pessoa. A partir dessa interferência, o juiz estaria mais apto a decidir que tipo de lenitivo teria o condão de reparar mais satisfatoriamente o dano sofrido por um determinado sujeito; estaria presente, assim, o pressuposto fundamental ao arbitramento de quantia pecuniária justa frente a cada situação fática apresentada aos tribunais.<sup>121</sup>

Caio Mário da Silva Pereira encontra-se entre aqueles doutrinadores que defendem o caráter compensatório da indenização. Destaca que a soma recebida deverá ter o condão de proporcionar prazeres ao ofendido, os quais, ao contraporem-se ao dano moral sofrido, cumpririam o sentido de reparação do mal.<sup>122</sup>

Ressalta, ainda, que “para aceitar a reparabilidade do dano moral é preciso convencer-se de que são ressarcíveis bens jurídicos sem valor estimável financeiramente em si mesmos, pelo só fato de serem ofendidos pelo comportamento antijurídico do agente”.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> “Para nós, o conceito de *dano moral* está nos sentimento, nos sofrimentos, oriundos da *dor*, que causa sulcos profundos na alma e no corpo, detectáveis por perícias e outras provas coadjuvantes, para que se apontem os *derivativos*, cujos custos são de obrigação do ofensor, condenado a pagá-los.” (ZENUN, A. Obra citada, p. 127)

<sup>122</sup> PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 55.

<sup>123</sup> PEREIRA, C. M. S. Idem, p. 56.

Visando esclarecer definitivamente o conteúdo do caráter reparatório existente na indenização por dano moral, o autor reforça a comparação entre o ressarcimento desse tipo de lesão e aquele referente aos danos patrimoniais: “sustentando a tese da reparabilidade civil por dano moral, enunciei a diversidade conceitual relativamente a que a indenização por dano material consiste na idéia de sub-rogar a coisa no seu equivalente, ao passo que em se tratando de dano moral o que predomina é a finalidade compensatória.”<sup>124</sup>

Nesse sentido, não se trata de estabelecer o *pretium doloris*, conforme crítica formulada por muitos, mas de investigar as compensações passíveis de amenizar ou mitigar a dor da vítima.

Posicionando-se favoravelmente ao sentido compensatório, Yussef Said Cahali ataca a adequação de termos como indenização e ressarcimento, no âmbito dos danos morais. Alega que tais vocábulos caberiam quando se trata de danos materiais, passíveis de serem plenamente indenizados, desaparecendo, por meio do montante pecuniário equivalente, seus efeitos lesivos. Em matéria de danos extrapatrimoniais, porém, a equivalência seria inalcançável e a extirpação do prejuízo seria mera utopia. Portanto, a indenização – em sentido genérico – desempenharia, tão-só, um papel satisfativo em relação à vítima.<sup>125</sup>

Fabrizio Zamproga Matielo, sem desviar sensivelmente dessa linha de raciocínio, defende a natureza reparatória da indenização e propõe alguns parâmetros a serem seguidos pelo juiz, no momento de arbitrar a condenação.<sup>126</sup>

Para Humberto Theodoro Júnior, a avaliação da extensão do dano e de suas consequências é fundamental para que se estabeleça um processo indenizatório idôneo. O autor vale-se da lição de Aguiar Dias para lembrar que jamais a soma pecuniária poderá representar fonte de enriquecimento ilícito ao vitimado, pois tal efeito repugna

---

<sup>124</sup> PEREIRA, C. M. S. Idem, p. 316.

<sup>125</sup> CAHALI, Y. S. Obra citada, p. 42.

<sup>126</sup> “Nisso tudo, sempre indispensável referendar que o desiderato da indenização em dinheiro não é o pagamento da dor, da desvalorização em si, mas levar ao lesado a oportunidade de recomposição psíquica, emocional e, eventualmente, física (repercussão do dano moral), atributos atacados ilegítimamente. O *quantum* será apurado através da aplicação das regras gerais contidas na legislação, segundo os métodos legais de prova, ou, sendo inviável, estimar-se-á de acordo com o potencial de lesividade normalmente contido na conduta irregular em circunstâncias semelhantes.” (MATIELO, F. Z. Obra citada, p. 56)

à teoria da responsabilidade civil e aos preceitos morais, uma vez que o sujeito que especula sobre a própria dor, para dela extrair vantagens indevidas, apresenta um comportamento reprovável e até mesmo patológico.

Dessa feita, seria necessário, no momento da fixação do *quantum* indenizatório, considerar as condições sociais do ofendido, bem como suas características pessoais. A partir daí, seria possível medir, subjetivamente, o alcance e a intensidade da dor padecida, a fim de estabelecer uma indenização justa, equivalente e idônea, que oferece ao lesado meios capazes de satisfazê-lo e de amenizar suas perdas, sem, no entanto, proporcionar-lhe um incremento desmesurado da sua condição econômico-financeira.<sup>127</sup>

Como visto, há uma certa convergência de opiniões quanto aos fins compensatório e satisfativo da indenização dos danos morais. Excetuadas pequenas divergências terminológicas e conceituais, os pensamentos de diversos autores assemelham-se quanto à essência da reparação. Nesse sentido, acabou superado o entendimento de que os danos extrapatrimoniais, antes considerados irreparáveis, devem ser indenizados simbolicamente, como forma de expressar a tutela jurídica aos direitos da personalidade, à honra, à moral, aos valores do ser humano.

Entre os franceses, conforme ensina Caio Mário, citando Mazeaud e Mazeaud, essa visão prevaleceu por longo período, razão pela qual orientava-se o julgador a estabelecer a indenização no patamar de um franco.<sup>128</sup>

Ora, não se pode olvidar que o processo indenizatório possui uma importante função social, agindo como instrumento pedagógico, à medida que demonstra aos membros da sociedade quais são os interesses e valores tutelados pela ordem jurídica, além de esclarecer que as condutas atentatórias a eles, ensejadoras de danos a terceiros, deverão ser sempre reparadas. Reduzir, porém, a indenização a este fim, atribuindo-lhe valor meramente simbólico, não apenas condena a vítima ao desamparo, mas também ridiculariza a atuação do ordenamento, sem que nenhum efeito benéfico se possa extrair do processo indenizatório, menos ainda o caráter educativo e pedagógico.

---

<sup>127</sup> THEODOR JR., H. Obra citada, p. 31-32.

<sup>128</sup> PEREIRA, C. M. S. Obra citada, p. 55.



Excluído tal posicionamento, pode-se dizer que nenhum outro doutrinador nacional militou com tanta veemência e legitimidade em favor do caráter reparatório da indenização dos danos morais quanto Clayton Reis. Em sua obra mais recente sobre o tema, o autor expôs um posicionamento, sem dúvida, avançado e inquietante para o atual estado da teoria.

Após refutar a natureza punitiva do *quantum* indenizatório, o referido jurista opera profunda reflexão acerca da necessidade de o magistrado conhecer verdadeiramente os sentimentos e valores humanos, para a partir daí conseguir valorá-los com prudência e legitimidade, consoante o grau de importância que cada sujeito dá a esses bens.

Por esse motivo, freqüentemente negamos aquilo que não conhecemos, exatamente em razão da impossibilidade de formularmos um julgamento correto a respeito daquilo que desconhecemos. Dessa forma, a fixação de um valor indenizatório, na esfera dos danos extrapatrimoniais, dependerá substancialmente da identificação dos fatos, bem como da sensibilidade e consciência do julgador quanto à avaliação dos danos efetivamente produzidos na intimidade do lesionado.<sup>129</sup>

A partir dessa reflexão, passa a defender a natureza essencialmente satisfatória da indenização, como fundamento para a fixação do montante pecuniário. Acredita que o dinheiro, assim como se busca nos danos patrimoniais, deve visar à restituição do *status quo ante*, razão pela qual precisa estar em relação de equivalência com o prejuízo moral sofrido pela vítima. Defende a persecução desses ideais, ainda que se saiba impossível atingi-los plenamente, por tratar-se da postura mais justa e eficiente em relação ao tema.

Para que o lesado sinta-se plenamente tutelado e ressarcido, é mister que o juiz, ao estabelecer a indenização, preocupe-se, conforme orienta a doutrina alemã, com o fim, visado pelo ofendido, de superação da lesão sofrida (função de superação), propiciando ao lesado algum tipo de satisfação, como instrumento de compensação das perdas (função de solatio).

Toda a construção doutrinária de Clayton Reis encontra-se devidamente fundamentada em princípios informadores da responsabilidade civil, de forma que se revela difícil, e até mesmo pouco recomendável, tentar refutá-la. Mesmo a noção de

---

<sup>129</sup> REIS, C. Obra citada, p. 228.

equivalência entre o dano e a soma monetária, já tantas vezes atacada por grandes nomes do direito brasileiro e alienígena, é corajosamente defendida pelo autor. Segundo ele, pode e deve o magistrado encontrar uma relação de equivalência, ainda que relativa, capaz de compensar e satisfazer a vítima. Essa correspondência deve, porém, ser analisada caso a caso, fugindo-se de soluções tarifadas, que ignoram as peculiaridades de cada situação.<sup>130</sup>

Ao afirmar categoricamente suas convicções, Clayton Reis não deixa dúvidas quanto aos seus posicionamentos no campo da responsabilidade civil por dano moral, como se pode extrair do seguinte trecho de sua obra:

Por isso, os valores arbitrados não possuem função punitiva, mas se operam no sentido de produzir a reparação por equivalência, obtida pelo lesionado em contrapartida à ofensa ao seu patrimônio. Dessa forma, os pontos de contato entre a pena e a indenização se tornam cada vez mais eqüidistantes, por consequência da evolução dos modernos princípios que norteiam a responsabilidade civil contemporânea.

(...) Dessa forma, a indenização dos danos morais, não possuindo função punitiva, senão essencialmente indenizatória, deverá propiciar ao lesado uma idéia de restituição ao *status quo ante*, tanto quanto deve guardar possível equivalência com o prejuízo sofrido.<sup>131</sup>

Como visto, a diversidade de posicionamentos é incalculável quando se trata da reparação civil dos danos não patrimoniais. Não se pode falar em unanimidades nem sequer quanto à natureza jurídica das indenizações; aliás, muitos autores não encaram nem mesmo como indenizações os valores pecuniários devidos pelo ofensor. Entre aqueles que consideram reparável essa espécie de lesão, ainda existe muita divergência quanto ao sentido da reparação na esfera pessoal da vítima. Seria mera compensação? Teria efeito satisfativo? Desempenharia função de verdadeiro ressarcimento, orientado por princípios de equivalência e restituição do *status quo ante*?

Essa enorme gama de questionamentos não pode, no entanto, assustar o estudioso do Direito e da responsabilidade civil. A análise crítica de todos esses posicionamentos diversos é fundamental no sentido de garantir a evolução da teoria e da jurisprudência acerca do dano extrapatrimonial. Caminhar-se-á, dessa forma, rumo

---

<sup>130</sup> REIS, C. Idem, p. 235.

<sup>131</sup> REIS, C. Idem, p. 230.

a uma maior uniformização dos critérios de arbitramento das indenizações, indispensável fator de incremento da segurança jurídica.

Nesse sentido têm-se direcionado os esforços de incontáveis juristas, muitos dos quais servem de inspiração a este trabalho monográfico. Com base em seus ensinamentos, buscar-se-á elaborar, à guisa de conclusão, um posicionamento crítico acerca das mais relevantes visões acerca da natureza jurídica das indenizações por danos morais, a fim de investigar qual a visão mais acertada, idônea e coerente com os mandamentos da responsabilidade civil.

#### 5.4 CRÍTICA AOS DEFENSORES DA NATUREZA PUNITIVA

Conforme já destacado no desenvolvimento deste texto, encontram-se, entre teóricos e magistrados, inúmeros defensores da natureza penalística da indenização dos danos extrapatrimoniais. Somando-se aqueles partidários do caráter exclusivamente punitivo do *quantum* indenizatório àqueles que preferem conjugá-lo ao sentido reparatório, atinge-se um número revelador, capaz de demonstrar a opção da maior parte dos juristas pela punição do ofensor através do montante pecuniário devido à vítima.

Tal entendimento, que vem orientando as decisões dos tribunais pátrios<sup>132</sup> e influenciando o arbitramento das indenizações, encontra poucos, porém fortes, combatentes. Das pesquisas realizadas para a elaboração deste trabalho, entretanto, extrai-se maior fundamentação e coerência da visão defendida por esta ilustre minoria, na qual se baseia a presente crítica.

---

<sup>132</sup> “RESPONSABILIDADE CIVIL - FORNECIMENTO DE TALÃO DE CHEQUES A FALSÁRIO - DANO MORAL - FIXAÇÃO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA - INSTÂNCIA ORDINÁRIA. 1. Não incidência da Súmula 7/STJ a hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração. 2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.” (STJ – Recurso Especial nº 474786/RS, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 01/04/2004)

Humberto Theodor Júnior desenvolve argumentos bastante claros e objetivos no sentido da refutação do caráter penalístico dos danos morais. Inicialmente, destaca o processo evolutivo do Direito que levou à saudável distinção entre os campos da responsabilidade civil e penal.<sup>133</sup> Como já mencionado (pontos 3.1 e 3.2), deve-se ao Estado moderno essa importante contribuição, que limitou a aplicação de castigos àqueles delitos previamente tipificados em lei, uma vez eleitos pelo legislador como atentatórios à ordem social.

Nesse sentido, escreve:

Castigo, pena, só se impõe em defesa da sociedade e segundo as normas penais da legislação. A ação penal é, outrossim, pública, cabendo apenas ao Estado punir o delinqüente. À vítima do delito não assiste mais nenhum tipo de vingança contra o ofensor. A este cabe, na ordem privada, apenas e tão-somente exigir o ressarcimento do prejuízo sofrido.<sup>134</sup>

Ao estabelecer determinadas barreiras legais à imposição de penas, o ordenamento jurídico demonstra sua preocupação em garantir e proteger o cidadão contra possíveis arbitrariedades.<sup>135</sup> Reduz-se o ideal primitivo de vingança privada, num louvável esforço civilizador. Nesse sentido é que o delinqüente só será castigado, penalizado, punido quando sua conduta for ofensiva à sociedade e à ordem coletiva; quando, por outro lado, sua conduta demonstrar-se lesiva a interesses individuais, o equilíbrio abalado será recomposto mediante a reparação dos danos causados à vítima.

Para garantir efetividade a esse modelo dúplice de responsabilização jurídica, a Constituição Federal estabelece os princípios da tipicidade dos crimes e da legalidade das penas, conforme disposto em seu artigo 5º, XXXIX. Encarar a indenização dos danos morais como punição ao ofensor, ainda que a ela seja imputado o caráter de pena privada, representa uma transgressão a essa norma constitucional de

---

<sup>133</sup> “Primitivamente, numa fase mais rudimentar da cultura humana, a reparação do dano resumia-se na retribuição do mal pelo mal, de que era típico exemplo a *pena de talião*, olho por olho, dente por dente; quem com ferro fere, com ferro será ferido. Mas, a vingança privada, como modo de compensar o dano, era contraproducente; em verdade, com ela, não havia reparação alguma, porém, duplo dano, redobrada lesão, a da vítima e a de seu ofensor, depois de punido.” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das obrigações – 2ª parte*, p. 391.)

<sup>134</sup> THEODORO JR., H. Obra citada, p. 55.

<sup>135</sup> MONTEIRO, W. B. Obra citada, p. 403.

garantia, capaz de expor os agentes de ilícitos civis às mais repugnantes arbitrariedades.<sup>136</sup>

Os civilistas mais engajados com a tendência de constitucionalização do Direito Civil, põem em cheque a adoção de medidas punitivas no âmbito das relações privadas. Nesse sentido, questionam as poucas hipóteses de prisão civil que ainda vigoram em nosso ordenamento, duvidando de sua adequação e eficácia, apesar de legalmente previstas. Na mesma esteira, portanto, pode-se questionar a aplicação de valores pecuniários como forma de punir o causador dos danos morais. A partir do momento em que o dinheiro assume a natureza de pena, configura-se como multa devida pelo responsável, cujo objetivo maior é a repressão do comportamento antijurídico e cujo personagem principal é o ofensor, em lugar do ofendido.

Nenhuma dessas vetustas noções apresenta-se compatível com os escopos e princípios orientadores da responsabilidade civil, instituto preocupado, sobretudo, com a reparação dos danos suportados pela vítima e com o restabelecimento do equilíbrio pré-existente entre as partes. Ordenamentos jurídicos há que proclamam expressamente a natureza punitiva das indenizações, como é o caso dos países da *common law*; mas o mesmo não ocorre no Brasil ou na França, por exemplo.<sup>137</sup>

Além da transgressão ao princípio do *nulla poena sine lege*, Humberto Theodor Júnior alerta para o perigo de *bis in idem* contido na admissão da natureza punitiva da indenização dos danos morais. Segundo o autor, em caso de delitos inseridos na área da responsabilidade penal e reprimidos publicamente, penalizar o responsável pelos danos morais causados, no âmbito privado, significaria puni-lo duplamente pela mesma conduta ilícita, situação condenada pelo Direito.

Finalmente, ressalta Humberto Theodoro Júnior a incoerência existente entre a defesa do caráter punitivo e a reversão dos valores pecuniários em favor da vítima. Nesse sentido, também parece assistir razão ao jurista; afinal, se o *quantum* estabelecido não é capaz de reparar os danos, como defendem muitos doutrinadores, e só se presta a punir o ofensor, não seria justo que o dinheiro arrecado a título de multa

---

<sup>136</sup> “Se nem a lei incompleta pode atribuir a outros órgãos a cominação de pena, muito menos pode o Judiciário, por iniciativa própria, considerar determinada conduta, nunca tipificada pelo legislador, como merecedora de punição, segundo critério puramente judicial.” (THEODORO JR, H. Obra citada, p. 57)

<sup>137</sup> THEODORO JR., H. Idem, p. 31.

favorecesse a vítima. Nessa hipótese, ocorreria inquestionável enriquecimento indevido.

Dentre os autores pesquisados, Clayton Reis é outra voz que se levanta contra a natureza penalística das indenizações e contra a sua adoção como critério primordial para o arbitramento dos valores devidos à vítima. Defensor da teoria da reparação absoluta dos danos extrapatrimoniais, afirma a necessidade de superar-se o dogma consistente na punição do ofensor e de buscarem-se novos critérios na busca pela justa indenização.

Para o autor, existe uma herança histórica dentro do Direito que orienta os seus aplicadores a encarar preconceituosamente a idéia de ressarcimento dos danos morais e a confundir as noções de indenização e punição. No entanto, essa tendência deve ser superada, uma vez que não se coaduna com o ideal de responsabilidade civil, preocupando-se especialmente com a figura do causador do dano e, apenas secundariamente, com a vítima. Destaca, ainda, a complexidade envolvida no processo de reparação desse tipo de mal, alertando acerca do reducionismo representado pela mera punição do ofensor, que, via de regra, não compensa satisfatoriamente o ofendido.<sup>138</sup>

Dessa forma, cada vez mais difícil demonstra-se a missão de advogar em favor da causa da natureza punitiva da indenização dos danos morais, especialmente para aqueles que buscam demonstrar a pureza desse caráter, dissociando-o de qualquer função reparatória, como é o caso Augusto F. M. Ferraz de Arruda. Para aquela corrente que defende a natureza mista (compensatório-punitiva) dos montantes pecuniários, também se revela complexa a tarefa de compatibilizar o caráter penalístico com os princípios orientadores da reparação.

Ora, quando se pretende colocar, num mesmo grau de relevância, os dois critérios de fixação de valores indenizatórios, chega-se, muitas vezes, a um impasse.

---

<sup>138</sup> A fim de melhor esclarecer seu posicionamento a respeito da natureza penalística das indenizações, Clayton Reis explica de que maneira a noção de culpa e a análise da conduta do agente influenciam o estabelecimento do *quantum* devido: “O que sobreleva nessa conduta, como já foi objeto de abordagem, é a análise introspectiva da ação comportamental do agente, não para punir, mas para confirmar que o dano foi resultado da má conduta do ofensor. O Direito Civil, segundo nosso entendimento, não consigna um sentido punitivo em suas normas, matéria circunscrita à esfera do direito penal. No âmbito da responsabilidade civil, a culpa não deve sugerir, a exemplo do que ocorre na esfera do direito penal, uma função sancionadora do agente.” (REIS, C. Obra citada, p. 37.)

De um lado, a teoria da responsabilidade civil recomenda que se guarde uma relação de equivalência entre a extensão do dano e o seu ressarcimento, para que este não seja fator de enriquecimento ilícito da vítima; de outro, o escopo punitivo recomenda que o montante estabelecido seja suficientemente expressivo (se comparado às condições econômicas do ofensor), a fim de que represente uma efetiva penalização e desempenhe sua função pedagógico-repressiva. Muitas vezes, porém, estes dois princípios são absolutamente incompatíveis.

Imagine-se, por exemplo, o caso em que uma grande instituição financeira promove a indevida inscrição, nos órgãos de proteção ao crédito, do nome de um devedor humilde e de poucos recursos. Nesse caso, para que a indenização fosse verdadeiramente significativa e cumprisse o papel de punir o causador do dano, o juiz precisaria arbitrar um vultoso montante. Se isso ocorresse, porém, estar-se-ia ignorando a pequena extensão do dano, ressarcindo a vítima muito além do seu prejuízo; simultaneamente, o ofendido estaria enriquecendo ilicitamente. Na hipótese absolutamente contrária de estabelecimento da indenização em patamar compatível com o dano sofrido e a situação econômico-financeira da vítima, ter-se-ia que, obrigatoriamente, abandonar a finalidade repressiva defendida por muitos.

Da mesma forma, parecem inconciliáveis, em diversas situações, o ideal punitivo e a reparação compatível com a magnitude do dano e a relevância dos valores atingidos por ele. Vale lembrar que há uma infinidade de bens e interesses passíveis de serem atingidos, ocasionando danos não patrimoniais. Da mesma forma, não se pode colocar todos eles num mesmo patamar de importância, nem se pode imaginar que as lesões a cada um deles apresentem a mesma extensão. Ora, a dor causada pela morte de um ente querido certamente não pode ser comparada àquele constrangimento que sofre o consumidor que, ao sair de uma loja, é acusado de furto, em função do mau funcionamento do sistema de alarme do estabelecimento. Nesses exemplos, por um juízo de proporcionalidade, não seria justo que a indenização devida à primeira vítima fosse menor que aquela devida à segunda; no entanto, a partir do momento em que se admite a necessidade de punir o ofensor de acordo com as suas condições econômicas, tamanha inversão de valores pode ser facilmente constatada.

Portanto, ao atribuírem cunho penal às indenizações, os doutrinadores e magistrados não apenas recorrem a um instituto primitivo e superado no âmbito das relações privadas, como também ignoram e desvirtuam os mais relevantes princípios informadores da responsabilidade civil, invertendo-lhes o sentido. Nesse caminho, ferem a legalidade e acabam por deixar, em muitos casos, irressarcidos os danos e desamparadas as vítimas. Por fim, promovem uma inversão de valores, ignorando os diversos graus de reconhecimento e tutela jurídica que o ordenamento confere a diferentes bens e interesses.

Isso tudo porque, em lugar de preocuparem-se com o ofendido e com os padecimentos por ele sofridos em consequência do dano, as punições ocupam-se, essencialmente, da figura do ofensor, da gravidade de sua culpa e da repercussão dos valores devidos em seu patrimônio, a fim de constituírem-se em fator de repressão e desestímulo ao cometimento de novos ilícitos.<sup>139</sup>

Obviamente, seria ingênuo acreditar que a condenação ao ressarcimento dos danos causados – seja pela sua simples constatação, seja pelo montante pecuniário devido – não representa qualquer tipo de sanção ao ofensor. Esse tipo de responsabilidade, decorrente de dano material ou moral, repercutirá, inevitavelmente, na esfera pessoal e patrimonial do agente, que se sentirá sancionado e, provavelmente, pensará duas vezes antes de prejudicar alguém.

Trata-se, no entanto, de sanção, e não de pena; é resultado obtido pela indenização, ainda que não visado, primordialmente, pelo Direito. Nesse sentido, valiosas, mais uma vez, as lições de Clayton Reis<sup>140</sup> e Humberto Theodoro Júnior<sup>141</sup>, à

---

<sup>139</sup> “O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal).” (VALLER, W. Obra citada, p. 17)

<sup>140</sup> “É inescandível esse poder de dissuasão existente nas normas, direcionado substancialmente na moralização da conduta do agente agressor. No entanto, esse controle punitivo é exercido pelo Estado através do direito penal, que objetiva a proteção dos bens materiais e imateriais da pessoa e do próprio Estado, dentro do princípio da legalidade – *nullum crime, nulla poena sine lege*. Não nos parece adequado, assim, que a responsabilidade civil tenha como pressuposto formal a punição do infrator, esquecendo-se da sua função principal residente na reparação dos danos. Outrossim, em que pese a existência de caráter não sancionatório na responsabilidade civil, não se pode descurar que o montante da indenização arbitrado pelo magistrado exerça importante função educativa no espírito do ofensor. Não se deve desmerecer que o pagamento de uma determinada importância, a qual o lesionador é compulsoriamente obrigado a desembolsar, enquanto corresponde a uma subtração de parte do seu patrimônio, retrata uma indisfarçável função punitiva.(...) Em que pese esse caráter sancionatório geralmente atribuído pela maioria da doutrina e da jurisprudência,



medida que reconhecem, apenas indiretamente e em segundo plano, um certo grau sancionatório nas indenizações por dano moral. Para eles, o *quantum* indenizatório estabelecido em patamares justos e com o intuito de reparação absoluta do mal desempenharia, naturalmente, um papel de desestímulo e regeneração do agente.

Com base neste e em todos os argumentos anteriormente expostos é que se torna indefensável a natureza penalística da pecúnia devida pelo causador à vítima dos danos morais. Ainda que tal noção seja predominante entre os doutrinadores e magistrados brasileiros, não se justifica a sua manutenção, nem isoladamente nem ao lado do caráter reparatório, como defendem alguns. Chegar a essa conclusão excludente da função punitiva, porém, não é suficiente. É preciso, a partir dos estudos realizados, que se faça uma opção por aquela que parece ser a real natureza jurídica da indenização dos prejuízos extrapatrimoniais. A este mister voltar-se-á o presente trabalho em seu próximo e derradeiro tópico, dedicado à consagração da natureza reparatória dos valores indenizatórios.

## 5.5 CONSAGRAÇÃO DA NATUREZA REPARATÓRIA

Conforme mencionado repetidas vezes, encontram-se, entre os teóricos da responsabilidade civil por danos morais, inúmeras divergências acerca da natureza jurídica das indenizações dessa espécie. Os desencontros teóricos refletem-se na insegurança jurídica que permeia as decisões jurisprudenciais a respeito do tema. Nesse sentido, faz-se necessária e urgente uma profunda reflexão por parte dos

---

observado igualmente no direito comparado, ele não contribui para desnaturar o inequívoco sentido indenizatório presente na esfera da responsabilidade civil.” (REIS, C. Obra citada, p. 146-147)

<sup>141</sup> “Se inexistir uma regra legal que trate a indenização do dano moral como pena, seu cálculo haverá de se fazer apenas dentro dos parâmetros razoáveis da dor sofrida e da conduta culposa do agente. É, sem dúvida, uma **sanção**(...). Sanção que se dá como interferência estatal no patrimônio do devedor, limitada, contudo, ao necessário apenas para eliminar o prejuízo patrimonial suportado pelo credor diante do inadimplemento do devedor. A indenização, mesmo no dano material, é uma sanção, mas uma sanção que tem uma finalidade diversa da simples pena-castigo, finalidade específica de restaurar a situação jurídico-patrimonial do ofendido, motivo pelo qual seu montante não deverá ser superior ao dano que sofreu. Da mesma forma, a indenização do dano moral é sanção aplicada ao ofensor, mas terá de ser liquidada apenas ‘na proporção da lesão sofrida’. Inserir no cálculo dessa sanção um *plus* para prevenir e evitar a possibilidade de reiteração do ato nocivo, em nome da sociedade, é avançar sobre um terreno que não toca, ordinariamente, ao direito civil disciplinar(...).” (THEODOR JR., H. Obra citada, p. 60)

juristas, com vistas a encontrar a melhor solução para o problema, capaz de fornecer aos magistrados uma uniformização de critérios para a fixação do *quantum indenizatório*.

As propostas que sugerem a natureza exclusivamente punitiva ou mista (reparatório-punitiva) da indenização já foram devidamente rechaçadas. Aqueles doutrinadores que propõem a adoção de valores meramente simbólicos, cujo intuito seja conscientizar a sociedade e afirmar a tutela jurídica a determinados valores, já se encontram superados. Nesse contexto, a natureza essencialmente reparatória da indenização dos danos morais apresenta-se como a proposta doutrinária juridicamente mais adequada e socialmente mais eficaz, no sentido da defesa dos bens e interesses imateriais do sujeito.

Numa análise comparativa, percebe-se que o caráter ressarcitório encontra-se sedimentado na seara dos danos patrimoniais; e, nesse âmbito, as indenizações têm exercido de forma eficiente tal papel. O sucesso desse modelo não se deve unicamente, como afirmam alguns, à possibilidade concreta de avaliação pecuniária e reposição dos bens e interesses economicamente apreciáveis. Essa característica dos danos materiais apenas facilita o arbitramento das indenizações; mas são a busca por reparação e o ideal de restabelecimento do *status quo ante* – informado pelo princípio da equivalência – que garantem o cumprimento da função apaziguadora do Direito, atendem aos anseios individuais por justiça e aplacam o sentimento de vingança do ofendido.

Quando se transita no campo dos danos extrapatrimoniais, não resta dúvida de que as dificuldades enfrentadas para a fixação do *quantum indenizatório* sofrem um sensível agravamento. A constatação desses obstáculos apresenta-se, na doutrina, como fonte dos questionamentos que originaram as teorias penalísticas, as quais, diante das dificuldades enfrentadas no processo de reparação, sugerem a exclusão ou a mitigação da natureza reparatória dos danos morais.

Tal conclusão, no entanto, é equivocada e seus efeitos, como já mencionado, podem ser devastadores. Ora, não se discute a alegação, correta, de que as perdas morais, psíquicas e afetivas não podem ser repostas (excetuada uma minoria de casos que admite a reparação *in natura*). Colocar-se contrariamente a essa afirmação

significaria reduzir a importância dos valores e da dignidade do indivíduo, tratando-os como peças passíveis de serem extraídas e substituídas por uma soma pecuniária, sem qualquer prejuízo para o todo.

O que se sugere, portanto, é a adoção dos **ideais** ressarcitório e de reparação absoluta<sup>142</sup> no âmbito das indenizações por danos extrapatrimoniais. Para que isso seja possível, é indispensável que se opere uma ampliação do conceito de reparação, a fim de admiti-la sob as formas compensatória e satisfativa da vítima. Nesse quadro reparatório, o dinheiro representa o meio pelo qual o processo indenizatório atinge os referidos fins.

Ainda que se questione a idoneidade da pecúnia no atendimento desse mister, não se pode negar, dentro de um contexto capitalista, o poder do dinheiro de funcionar como instrumento de realização de determinados prazeres e confortos, não apenas materiais. Através dele tem-se acesso ao lazer, ao entretenimento, à tranquilidade representada pela aquisição da propriedade imobiliária ou, até mesmo, ao alento oferecido pela prática de atos de caridade. Nesses e noutros casos, cumpre-se o intuito compensatório, não pelo dinheiro, em si, mas pelas satisfações que, por meio dele, podem ser atingidas.<sup>143</sup>

Dessa forma, não se vislumbra, até então, forma de indenização dos danos morais mais adequada do que a pecuniária. Deve o juiz, portanto, preocupado com o ideal de reparação absoluta do dano, estabelecer, na medida do possível, uma relação de equivalência entre a extensão da lesão produzida na esfera pessoal da vítima e a soma pecuniária devida a esta pelo causador do mal. Não se trata, vale reiterar, de atribuir um preço à dor, mas de proceder um esforço a fim de que as compensações advindas do montante pecuniário tenham o condão de mitigar ao máximo os padecimentos, de satisfazer o lesado na proporção de seu sofrimento.

Nesse momento, não pode o juiz abrir mão de uma análise profunda da personalidade e das suscetibilidades da vítima, a fim de captar a amplitude do dano e a repercussão de seus efeitos em cada caso concreto. A partir do momento que se recepciona a natureza reparatória da indenização do dano moral, não se pode cogitar a

---

<sup>142</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 303-311.

<sup>143</sup> CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*, p. 57-58.

adoção de um modelo tarifado de ressarcimento; pois cada indivíduo responde de maneira diversa frente a uma mesma situação lesiva. Uma mesma conduta antijurídica pode gerar danos diversos se direcionada a dois sujeitos diferentes; e a indenização deve ser fixada tomando por base a lesão concretamente observada.

Da mesma forma que o ideal reparatório não admite as soluções tarifárias, afasta, ele, a possibilidade de adotar-se um critério de arbitramento baseado nas possibilidades econômicas do agente.<sup>144</sup> Fundamento dessa natureza desvirtua, como anteriormente defendido, a principiologia da responsabilidade civil, ignorando a busca pela restauração do equilíbrio existente entre as partes e a relação de equivalência – ou, ao menos, de proporcionalidade – entre o dano e a indenização.<sup>145</sup>

O abandono do referido critério direciona o magistrado rumo a soluções mais justas e dota o ordenamento de maior segurança e estabilidade jurídica. Ora, não se pode colocar em pé de igualdade danos de diferentes montas, nem se pode indenizar igualmente as lesões que atinjam bens e interesses absolutamente diversos. Não resta dúvida, por exemplo, que o sofrimento advindo da morte de um filho é muito maior do que aquele proveniente da inscrição indevida do nome da vítima em cadastro de maus pagadores. Nesse sentido, também, é inegável que o bem “vida” é muito mais caro às pessoas e ao Direito do que o crédito de que os indivíduos gozam no mercado. Repugnante seria, portanto, que se admitisse, no primeiro caso, uma indenização

---

<sup>144</sup> “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL JULGADA PROCEDENTE - RECURSO DO AUTOR VISANDO A ELEVAÇÃO DO VALOR ARBITRADO PARA A INDENIZAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. A jurisprudência estabeleceu que, em se tratando de indenização por danos morais, o valor a ser arbitrado deve ter uma dupla finalidade: compensatória, decorrente do abalo subjetivo sofrido; punitiva, decorrente do ato lesivo que exige reparação. Tem-se entendido que, para fixar o “quantum” devido, deve-se observar, entre outros parâmetros, a proporção e a razoabilidade, a fim de evitar quantias irrisórias ou exageradas, a gravidade do caso e o grau de culpa do ofensor.” (TJPR – Apelação Cível nº 151.239-2, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Roberto de Vicente, Diário da Justiça de 11/03/2005.)

<sup>145</sup> “a natureza jurídica da reparação no dano moral é, em regra, de um misto de caráter punitivo e compensatório ou satisfatório, ao contrário da indenização nos danos materiais cuja tônica é a equivalência. E nos casos de danos provenientes de atividade lícita, responsabilidade objetiva, a natureza será simplesmente compensatória. A importância da identificação da natureza diz com a liquidação, quantificação do valor indenizatório, sendo certo que a inclusão do caráter punitivo provocará, por via de consequência, indenizações mais severas.” (MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 114)

irrisória ou meramente simbólica, assim como não se justificaria, frente ao segundo tipo de dano, a condenação do ofensor em valores milionários.<sup>146</sup>

Diante dessa argumentação, inúmeras vozes levantar-se-iam, alegando que os bens imateriais, e especialmente a vida, não têm preço e que seria imoral imaginar que a dor causada pela morte possa ser apagada por qualquer soma pecuniária. Tal questionamento pode ser facilmente refutado. Ora, é óbvio que a vida não tem preço, mas indenizá-la irrisoriamente significa esvaziar-lhe o valor, ignorando sua consagração constitucional e ferindo, verdadeiramente, os preceitos morais da sociedade.<sup>147</sup>

É o reconhecimento do grau de relevância e da necessidade de tutela jurídica dos valores humanos que deve orientar o juiz no arbitramento da indenização, a fim de reparar de maneira efetiva, justa e proporcional os danos sofridos. A partir da adoção de critérios mais claros, além de restritos à concretização do ideal reparatório, limita-se o arbítrio judicial, tornando-o, como se espera, mais prudente.<sup>148</sup> O que se não pode fazer é excluir totalmente do processo indenizatório o esforço interpretativo e valorativo do magistrado, através da adoção de propostas de tabelamento, insensíveis às peculiaridades de cada caso concreto.

No rol desses critérios, a análise do potencial econômico das partes deve ocupar uma posição secundária, restrita a garantir executividade à decisão judicial, através da verificação da possibilidade de o ofensor arcar com os valores fixados; e a evitar o enriquecimento ilícito da vítima.<sup>149</sup> Primordialmente, porém, o magistrado deve valer-se de parâmetros objetivos e subjetivos direcionados à obtenção da mais

---

<sup>146</sup> “De volta ao tema da fixação do dano moral por morte em 100 salários, acresça-se ser este mesmo valor da reparação, no entanto, encontrado em decisões que versam sobre temas outros, de gravidade evidentemente menor, tais como o do dano moral decorrente da inclusão errônea de nome do correntista na lista de emitentes de cheques sem fundos. O simples cotejo destas situações emblemáticas – a morte e a inclusão em lista de cheque sem fundo – indica que o sistema encontra-se em crise. Gera espanto a redução de casos tão díspares a um mesmo valor. Um dado de realidade agrava ainda mais o problema: tal distorção, longe de ser um acontecimento isolado, apresenta-se como fenômeno freqüente, reiteradamente constatado na prática dos tribunais. Este estado de coisas atual exige, de todos os operadores do Direito, uma detida reflexão.” (MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 144)

<sup>147</sup> VARELA, J. M. A. Obra citada, p. 574.

<sup>148</sup> PEDROTTI, I. A. Obra citada, p. 346.

<sup>149</sup> VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. *Reparação do dano moral – controvérsias e perspectivas*, p. 55.

ampla e completa reparação do dano causado pelo ofensor. Sem ignorar as dificuldades que envolvem o tema, deverá o juiz utilizar-se de toda a sua sensibilidade e experiência para atingir o objetivo reparatório, já que o ordenamento entrega ao prudente arbítrio jurisdicional a missão de extirpar os efeitos dos danos socialmente verificados e de afirmar a tutela jurídica a determinados valores morais.

Repensados, portanto, os principais conceitos e fundamentos da teoria da responsabilidade civil e dos danos não patrimoniais, não se justifica negar a necessidade de proceder-se uma reestruturação do processo reparatório, a ser necessariamente assumida pelos Tribunais pátrios. Não podemos permitir a reprodução do modelo prevalente nos dias atuais, que adota o binômio pena-compensação como critério essencial para a fixação do *quantum debeatur*. Conforme demonstrado à exaustão, tal posicionamento encontra-se historicamente superado, já que se mantém ligado a ideais punitivos, como o de castigo ao ofensor e o da busca por vingança privada. Não bastasse isso, vimos que a natureza penalística é incompatível com a principiologia da responsabilidade civil e com a própria função reparatória das indenizações.<sup>150</sup>

Impõe-se, dessa feita, a adoção da natureza exclusivamente reparatória, com função amplamente compensatória e satisfativa da vítima, não apenas pela inadequação do caráter eminentemente punitivo, mas porque o ideal de reparar possui escopo mais nobre do que a noção de punir o ofensor, razão pela qual apresenta resultados mais eficientes. Aqui, o dano sofrido e a figura do ofendido são colocados em primeiro plano; a indenização vem informada pelo princípio da equivalência, ainda que relativa<sup>151</sup>; busca-se, acima de tudo, compensar plenamente a vítima, mitigando o sofrimento e apaziguando seu espírito. Não resta dúvida de que a indenização fixada

---

<sup>150</sup> “A incompatibilidade entre esses princípios é notória, considerando que cada um deles desempenha funções distintas e, ainda, que os princípios punitivo e preventivo não se encontram expressamente em nosso ordenamento jurídico. Ademais, o sistema de punição pessoal do ofensor não mais se amolda aos princípios gerais da responsabilidade civil, cuja preocupação reside na satisfação integral dos prejuízos da vítima.” (REIS, C. Obra citada, p. 273.)

<sup>151</sup> “Citados os problemas mais graves da aplicação do princípio da reparação integral aos danos extrapatrimoniais, deve-se ressaltar que ele não deixa de ser um objetivo a alcançar, uma vez que se trata de uma importante construção no sentido da solução justa da obrigação de indenizar.” (SEVERO, S. Obra citada, p.)

com base em tais parâmetros conduz a resultados mais compatíveis com os valores tutelados pelo Direito e pela sociedade, nos tempos atuais.

Ressalte-se, ainda, a brilhante lição de Clayton Reis, feroz defensor do princípio do primado da reparação integral também no âmbito dos danos morais. Como ensina o autor, a indenização informada pelo princípio da equivalência, coerente com a extensão do mal causado e preocupada em reparar amplamente o dano, atinge, indiretamente, outros escopos. As funções punitiva, preventiva e social subsumem-se imediatamente no *quantum* indenizatório estabelecido com base em critérios objetivos e subjetivos voltados ao ideal de reparação.<sup>152</sup>

O ressarcimento justo e equânime afirma a real tutela jurídica dos bens e interesses imateriais do sujeito. A reparação integral exerce função pedagógica sobre o ofensor e a coletividade.<sup>153</sup> A ampla compensação gera, no íntimo da vítima, a sensação de justiça e de extirpação da impunidade, aplacando os sentimentos vingativos.

Diante de tantos e tão sérios argumentos, os juristas não podem rejeitar a natureza reparatória da indenização. Ora, ideal seria que nenhum ser humano, em nenhuma hipótese, causasse dano a outro; mas tamanha utopia não pode ser alcançada pelo ordenamento jurídico. Resta ao Direito, portanto, através de seus operadores, garantir que toda e qualquer lesão seja integralmente reparada, sendo indiferente, para tanto, a natureza dos bens e interesses atingidos.

Sendo assim, os danos morais precisam ser satisfatoriamente indenizados; os valores arbitrados devem ser proporcionais aos danos suportados; o dinheiro precisa

---

<sup>152</sup> “Nessa linha de conduta, conclui-se inadmissível que a indenização não guardasse absoluta compatibilidade com o dano, sob pena de se consumir inevitável lesão às partes, violando, por consequência, o primado da responsabilidade civil assentado no princípio da equivalência. Dentre as múltiplas funções da responsabilidade civil, a idéia central deverá primar pela adoção de um princípio uniforme, que retrate a posição que melhor se amolde aos discutidos e controvertidos pressupostos da indenização dos danos extrapatrimoniais, sem, contudo, desprezar as referidas funções da reparação dos danos morais, consideradas como relevantes na teoria da responsabilidade civil. Na realidade, todas essas funções se encontrarão subsumidas no *quantum* indenizatório, quando o valor arbitrado retratar com a fidelidade possível a extensão do dano.” (REIS, C. Obra citada, p. 274.)

<sup>153</sup> “Assim, vemos que a evolução, tanto envergadura quanto em extensão, da reparação do dano moral, nos mostra que a tutela está, mais do que nunca, sobre a pessoa. É que a expansão ou reconceitualização, portanto, não é preliminar ao dano ou ao ressarcimento; mas sim, ao sujeito – que é sempre sujeito de direitos – no resgate de sua dignidade, assegurada constitucionalmente.” (CARNEIRO, M. F. Obra citada, p. 82.)

servir como meio efetivo para que a vítima atinja satisfações e compensações capazes de mitigar seus sofrimentos. O pensamento jurídico uniformizado e direcionado nesse sentido conduzir-nos-á a um contexto de maior segurança e estabilidade jurídica no que concerne aos danos extrapatrimoniais.

A partir do reconhecimento dessas exigências sociais e da adoção da natureza reparatória como critério primordial de arbitramento do *quantum* indenizatório, poderemos chegar a uma verdadeira consagração dos valores morais do sujeito, afirmando, inequivocamente, a tutela jurídica ao patrimônio imaterial dos indivíduos.



## 6 CONCLUSÃO

Todas as considerações levantadas no desenvolvimento do presente trabalho levam-nos, ao menos, a uma conclusão incontestável: a questão do dano moral é extremamente delicada e exige tratamento cuidadoso por parte dos juristas. Nessa seara, estão envolvidos os sentimentos, as afeições e os valores de todos e de cada um dos homens. Está em jogo o reconhecimento jurídico da relevância desses bens e interesses, está em teste a promessa constitucional de proteção à dignidade humana.

Sendo assim, uma postura leviana acerca do tema, por parte de doutrinadores e magistrados, pode demonstrar-se fatal às boas intenções do legislador constituinte, conduzindo a um desvirtuamento capaz de levar à ruína o instituto da indenização dos danos extrapatrimoniais. Nesse sentido, o tema tem-se revelado fonte de intermináveis e louváveis discussões teóricas e jurisprudenciais. No entanto, pouco refletem os operadores do direito acerca da natureza jurídica do *quantum* indenizatório.

A maior parte dos Tribunais, seguindo a doutrina majoritária, posiciona-se em favor de uma natureza dúplice das indenizações, que nelas identifica um eminente caráter penalístico, ao lado da função reparadora. A proposta da maioria pode demonstrar-se sedutora, num primeiro momento; exatamente porque minora aquele que se apresenta como o maior obstáculo ao ressarcimento do dano moral. Ora, a função punitiva afasta a necessidade da busca por equivalência entre a dor e o dinheiro, no momento da fixação dos valores devidos, uma vez que o grau de culpa do ofensor e suas condições econômicas são colocados em primeiro plano.

Por essa razão é que mereceram destaque, neste trabalho, as construções teóricas dos defensores da natureza de pena privada e da natureza mista das indenizações. Partindo do pressuposto de que se não pode criticar aquilo que se não conhece, estudamos tais propostas a fim de fundamentar nossas desconfiças em relação a elas. Nesse processo, revelou-se a inadequação jurídica das referidas teses, à medida que os argumentos de seus defensores foram sendo rechaçados.

Para nós, com o devido respeito àqueles juristas que não compartilham dessa idéia, a noção que identifica na indenização do dano moral a imposição de um castigo ao lesante não se coaduna com os princípios e objetivos perseguidos pela teoria da

responsabilidade civil. Além disso, viola o princípio da tipicidade das penas e a garantia constitucional do *nulla poena sine lege*, já que impõe castigos à prática de condutas que não estão previamente definidas em lei. Nessa esteira, acaba por legitimar uma incursão indevida do poder Judiciário num campo de competência exclusiva do Legislativo, fomentando arbitrariedades.

De resto, o posicionamento em questão favorece o desvirtuamento do instituto do dano moral, pois, ao se preocupar primordialmente com a punição do ofensor, acaba por, muitas vezes, desconsiderar a relevância dos bens e interesses atingidos e a extensão dos efeitos danosos da conduta antijurídica. Por esta razão, tal entendimento pode levar a incorrigíveis injustiças, tanto em relação ao lesado quanto ao ofensor, beneficiando a prática dos abusos de direito, em alguns casos, e deixando desamparadas as vítimas, em outros.

Ao que parece, a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a natureza penalística da indenização – isolada ou cumulativamente em relação à idéia de reparação – fundamenta-se, primordialmente, na dificuldade ou na impossibilidade de estabelecer-se uma relação de equivalência entre o sofrimento e a pecúnia. Tal argumento, porém, não nos parece forte o suficiente para sustentar o caráter punitivo nem, tampouco, para justificar as distorções que ele produz.

Ora, ninguém duvida de que a natureza do dinheiro é absolutamente diversa da dos bens e interesses atingidos em decorrência de um dano moral. Não resta dúvida de que uma determinada soma pecuniária não terá o condão de apagar a dor da vítima, nem se prestará, por si só, a devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do dano. O que se defende, aqui, é a incontestável aptidão do dinheiro para servir como instrumento na busca por realizações pessoais, por satisfações e prazeres das mais diversas naturezas.

Ninguém duvida que a melhor forma de superação de um padecimento e de mitigação de uma dor é a busca por compensações, por alegrias capazes de sobrepujam-se aos sofrimentos, reduzindo e reparando seus efeitos danosos. É certo que o ser humano, desde a mais tenra idade, busca superar suas frustrações, apelando para meios que lhe proporcionem prazer e regozijo. Nesse sentido, quando o ordenamento jurídico se vê diante desse tipo de questão, deve, ciente de suas

possibilidades e limitações, esforçar-se ao máximo para colocar à disposição do ofendido os instrumentos necessários à compensação de sua dor.

Inicialmente, trata-se, portanto, de um esforço no sentido da superação dos preconceitos, já que, na figura da reparação pecuniária dos danos extrapatrimoniais não se verifica qualquer intenção de reduzir os sentimentos, afeições e valores do indivíduo, não se trata de colocar no mercado o patrimônio ideal dos sujeitos. Isso, sem dúvida, seria imoral. Mas, por outro lado, nenhuma imoralidade extrai-se da tentativa de garantir à vítima a reparação do mal que lhe aflige, do esforço jurídico no sentido de mitigar os efeitos da dor.

Sendo assim, acreditamos que os princípios informadores da responsabilidade civil devem, também no campo do dano moral, orientar a atuação dos magistrados, garantindo o arbitramento de indenizações justas e fundadas em critérios que visam, primordialmente, à reparação do mal e à recuperação do lesado. Para tanto, é mister que se adote a extensão do dano sofrido e as características subjetivas da vítima como parâmetros fundamentais para o estabelecimento dos valores devidos. Essas e outras providências fazem-se necessárias e urgentes para que, finalmente, haja um efetivo reconhecimento da relevância jurídica dos valores morais do sujeito.

Nesse sentido, a busca pelo estabelecimento de indenizações que guardem uma relação de equivalência relativa com a lesão sofrida e que tenham a reparação integral do mal como um ideal a ser insistentemente perseguido, refletirá a opção do sistema por uma efetiva consagração da dignidade da pessoa humana. Ao sentir-se proporcionalmente indenizado, o ofendido verá aplacado o seu desejo por vingança, nele não restará qualquer vestígio do sentimento de impunidade. Da mesma forma, a sociedade e o ofensor tomarão o ressarcimento como figura exemplar, entendendo que a ofensa ao patrimônio ideal de um sujeito será reprovada pelo direito e, necessariamente, indenizada de maneira proporcional ao dano produzido.

Dessa forma, a natureza reparatória da indenização do dano moral apresenta-se, segundo nosso entendimento, como a opção jurídica mais justa e idônea frente às lesões extrapatrimoniais. Afinal, um ordenamento que tem como centro a pessoa, que zela pela sua dignidade e defende seus mais diversos interesses, não pode admitir que

um indivíduo, lesado em seus sentimentos e afeições, resigne-se ao seu cruel destino, desamparado e sem direito à justa e efetiva reparação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1972.
- AMARANTE, Aparecida J. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral à pessoa e sua valoração*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1989. vol. I.
- ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Avaliação do dano moral e discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- DAVID, Fernando Lopes. *O dano moral na jurisprudência*. São Paulo: Iglu, 1998.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. 3. tiragem revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de danos morais*. 2. ed. Campinas: Copola Livros, 1995.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil – Obrigações em geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. vol. II.
- MATIELO, Fabrício Zamproga. *Dano moral, dano material e reparação*. 5. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzato, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte especial*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958. tomo XXII.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das obrigações – 2ª parte*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. vol. V.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade Civil – descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

- PEDROTTI, Irineu Antonio. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1995. vol. 2.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. vol. 4.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, Américo Luís Martins. *O dano moral e sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- THEODORO JR., Humberto. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.
- VALLE, Christino Almeida do. *Dano moral*. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.
- VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 2. ed. Campinas: E. V. Editora, 1994.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. *Reparação do dano moral – controvérsias e perspectivas*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 4.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.